

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade De Direito
Programa De Pós-Graduação Em Direito

JOÃO LUCAS RODRIGUES ROCHA

O EXPANSIONISMO PENAL NA ERA DO DIREITO COMO *MAXIMUM* ÉTICO

BELO HORIZONTE
2022

JOÃO LUCAS RODRIGUES ROCHA

O EXPANSIONISMO PENAL NA ERA DO DIREITO COMO *MAXIMUM* ÉTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito na área de concentração Direito e Justiça, sob a orientação do

Professor Doutor Ricardo Henrique Carvalho Salgado.

Linha de Pesquisa: Estado, Razão e História

Área de Estudos: Teoria da Justiça

BELO HORIZONTE
2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

R672e Rocha, João Lucas Rodrigues
O expansionismo penal na era do direito como *maximum ético*
[manuscrito] / João Lucas Rodrigues Rocha. - 2022.
56 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 53-56.

1. Direito penal - Teses. 2. Direito - Filosofia - Teses. 3. Ética - Teses.
I. Salgado, Ricardo Henrique Carvalho. II. Universidade Federal de
Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343:34.12



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO JOÃO LUCAS RODRIGUES ROCHA

Realizou-se, no dia 08 de setembro de 2022, às 14:00 horas, Sala 506, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *EXPANSIONISMO PENAL NA ERA DO DIREITO COMO MAXIMUM ÉTICO*, apresentada por JOÃO LUCAS RODRIGUES ROCHA, número de registro 2020653731, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado - Orientador (UFMG), Prof(a). Dr. Renato César Cardoso (UFMG), Prof(a). Danilo Ribeiro Peixoto (Doutor em Direito pela UFMG)

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada, tendo obtido a nota 80,0.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.
Belo Horizonte, 08 de setembro de 2022.


Prof(a). Ricardo Henrique Carvalho Salgado (Doutor) nota 80,0


Prof(a). RENATO CÉSAR CARDOSO (Doutor) nota 80,0


Prof(a). ~~Ricardo Salgado~~ (Doutor) nota 80,0


AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a oportunidade de realizar essa pesquisa ao meu orientador e amigo Ricardo Henrique Carvalho Salgado, cuja grandeza e o espírito generoso me permitiram chegar até aqui.

Aos amigos Gustavo Felipe Melo da Silva e Raphael Silva Rodrigues meu máximo agradecimento, que transcende as influências e a contribuição nessa jornada de pesquisa acadêmica.

Ao meu pai, Tadeu José da Rocha, *in memoriam*, cuja ausência ocorreu durante o curso do Mestrado, a minha eterna gratidão.

Minha mãe, Vânia Lúcia Rodrigues Rocha, cujo apoio nas horas mais difíceis foi sempre presente.

À minha esposa Bruna Dias Loiola Peres, sem a qual essa pesquisa jamais teria acontecido.

Por fim, meu agradecimento a cada um dos autores, pesquisadores e estudiosos que encontrei ao longo dessa caminhada acadêmica, pois foi sobre o conhecimento erigido por eles que essa pesquisa se assenta.

“As falsas idéias que os legisladores fizeram da utilidade são uma das fontes mais fecundas de erros e injustiças.

É ter falsas idéias de utilidade ocupar-se mais com inconvenientes particulares do que com inconvenientes gerais; querer comprimir os sentimentos naturais em lugar de procurar excitá-los; impor silêncio à razão e dizer ao pensamento: “Sê escravo”.

É ter ainda falsas idéias de utilidade sacrificar mil vantagens reais ao temor de uma desvantagem imaginária ou pouco importante. ” (BECCARIA, Césare. Dos delitos e das penas. Ed. Nova Fronteira, São Paulo, 2011)

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar e compreender a aparente contradição do Direito tendo alcançado o *maximum* ético, garantidor das liberdades e dos direitos fundamentais, conforme a obra de Joaquim Carlos Salgado, e ao mesmo tempo em que se verifica nas sociedades contemporâneas a expansão do Direito Penal e seus efeitos de constrição das liberdades individuais. Questiona-se a compatibilidade e a possibilidade de coexistência desses dois movimentos, e seus desdobramentos na contemporaneidade. O tema permite aproximar a Teoria do *Maximum* Ético com a área do Direito Penal, abordando-se pontos importantes à Filosofia do Direito, tais como a liberdade, a segurança jurídica e a valoração das normas penais. Por outro lado, permite também analisar o mecanismo pelo qual o Direito Penal tem se expandido, na visão de José-Maria Silva Sánchez, de modo a repensar seu papel nas sociedades contemporâneas. Assim, foram selecionados pontos de congruência nas teorias desses dois jusfilósofos, com a contribuição de outros nomes importantes no pensamento do Direito atual, no intuito de enriquecer as reflexões sobre a legitimidade e finalidade do Direito Penal à luz dessa aproximação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Estado Democrático de Direito. Expansionismo Penal. Filosofia do Direito. *Maximum* Ético.

ABSTRACT

The present research intends to analyze and understand the apparent contradiction of Law having reached the ethical maximum, guarantor of freedoms and fundamental rights, according to the work of Joaquim Carlos Salgado, and at the same time that the expansion of Criminal Law is verified in contemporary societies. and its restrictive effects on individual liberties. The compatibility and the possibility of coexistence of these two movements are questioned, and their unfolding in the contemporary world. The theme allows approaching the Theory of the *Maximum Ethical* with the area of Criminal Law, approaching important points to the Philosophy of Law, such as freedom, legal certainty and the valuation of criminal norms. On the Other hand, it also allows analyzing the mechanism by which Criminal Law has expanded, in the view of José-Maria Silva Sánchez, in order to rethink its role in contemporary societies. Thus, points of congruence in the theories of these two philosophers were selected, with the contribution of other important names in current Law thinking, in order to enrich the reflections on the legitimacy and purpose of Criminal Law in the light of this approach.

KEYWORDS: Criminal Law. Democratic State. *Maximum Ethical*. Penal expansionism. Philosophy of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DIREITO PENAL COMO <i>ULTIMA RATIO</i>	11
3	EXPANSIONISMO PENAL	18
3.1	Expansionismo Penal no Brasil	24
4	A IDEIA DE JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO	33
4.1	Direito como <i>Maximum Ético</i>	40
4.2	<i>Maximum Ético</i> e a Necessária Valoração do Direito Penal	44
5	EXPANSIONISMO PENAL NA ERA DO DIREITO COMO <i>MAXIMUM ÉTICO</i> .	48
5.1	Propostas de Uma Expansão do Direito Penal na Era do Direito Como <i>Maximum Ético</i>	48
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar e compreender a aparente contradição do Direito contemporâneo, que na esteira das lições de Joaquim Carlos Salgado, aparece no mundo como *maximum* ético, garantidor das liberdades e dos direitos fundamentais, e a expansão do Direito Penal e seus efeitos de constrição das liberdades individuais.

Nessa toada questiona-se a compatibilidade/incompatibilidade e a possibilidade de coexistência desses dois movimentos, bem como os desdobramentos na contemporaneidade.

O tema proposto, em última instância, consiste em abordar o estudo o Direito Penal sob o prisma da Teoria do *Maximum* Ético, perpassando por pontos importantes à Filosofia do Direito, tais como a liberdade, a segurança jurídica e a valoração das normas penais.

Adentrando no corte metodológico do tema proposto, analisa-se o mecanismo pelo qual o Direito Penal tem se expandido, na visão de José-Maria Silva Sánchez, de modo a repensar seu papel nas sociedades contemporâneas.

Tal proposição surge das interpretações/posições conferidas ao Direito Penal, bem como aos órgãos e as estruturas penais brasileiras, notadamente após operações denominadas Mensalão e Lava Jato, nas quais figuras políticas proeminentes e empresários brasileiros internacionalmente conhecidos foram presos preventivamente (outros condenados de forma definitiva), em uma frequência e divulgação jamais vistas.

Até então, discussões, enfrentamentos e desdobramentos eminentemente jurídicos estavam reservados aos âmbitos dos foros judiciários e acadêmicos. Contudo, operações policiais dantescas, recorrentes pronunciamento de advogados, promotores e procuradores da Justiça atuantes nesses casos em horário nobre de noticiários, e as próprias sessões de julgamento transmitidas de forma simultânea nas mais diversas plataformas de mídia fizeram surgir uma profusão de leis penais, além de movimentos sociais e políticos que bradaram contra a “corrupção” (ao menos declaradamente), realizando recorrentes protestos e elegendo candidatos sob esse discurso.

Passada a euforia daquele momento, e já no âmbito dos recursos e remédios constitucionais, várias das decisões proferidas no âmago dessas operações foram revistas ou mesmo anuladas pelas instâncias superiores, culminando na soltura de diversas pessoas presas¹, frustrando parte desse “movimento anticorrupção”, além de gerar outros significativos efeitos no campo jurídico e político.

Ainda no curso desse panorama, em um julgamento de um Habeas Corpus² no mês de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal adotou um entendimento bastante controverso sobre a presunção de inocência prevista no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988³, em sentido oposto ao da jurisprudência até então consolidada e da própria literalidade do texto constitucional, ao desconsiderar a necessidade do trânsito em julgado para o início da execução criminal, passando a aceitar a então inexistente execução penal provisória. Dias após a publicação dessa decisão, juízes, desembargadores e ministros expediram mandado de prisão contra vários acusados que recorriam às instâncias superiores contra condenação em segunda instância em liberdade⁴. A flexibilização da presunção de inocência e o elevado número de execuções provisórias em um curto espaço de tempo potencializou ainda mais o discurso de uma pretensa moralização das instituições públicas e de suas relações com o setor privado. Todavia, no final de 2019, ao julgar as ações diretas de constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal demoliu o entendimento adotado no Habeas Corpus 126.292/SP de 2016, determinando novamente a proibição da execução provisória no Brasil.

Em meio aos sons estridentes da comoção social e política desses acontecimentos amplamente noticiados, os círculos acadêmicos de estudos de Direito Penal e Processual Penal retomaram o debate acerca da legitimidade, da função e dos rumos do poder punitivo estatal no Brasil, mas não raro restringido a questões dogmáticas e pontuais, sobretudo acerca dos excessos nos julgados, das prisões

¹ A mais famosa das anulações ocorreu em relação ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva no HC 193.726, no qual o Relator Ministro Edson Fachin declarou a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba para julgar as ações penais em desfavor do paciente, anulando as condenações prévias e concedendo a ordem para revogar a prisão preventiva até então em curso.

² HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

³ Art. 5º, inc. LVII, da CF/88: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴ O Tribunal de Justiça de Rondônia emitiu nota pública em 09/03/2016 informando a expedição de mandado de prisão contra um réu exclusivamente com base expressa no entendimento adotado pelo STF um mês após o HC 126.292/SP – acesso pelo site <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/5937-mandado-de-prisao-baseado-em-entendimento-do-stf-e-mantido-pelo-tjro> em 06/03/2022.

provisórias, e do instituto da colaboração premiada. Todavia, esse movimento de expansão punitiva também provoca impactos importantes à Filosofia do Direito, ao atingir de forma significativa conceitos de liberdade e justiça.

Como destaque, chama a atenção em meio a todos esses questionamentos uma significativa e ao menos aparente contradição entre o Direito ter alcançado seu ápice na contemporaneidade na forma democrática, em Estados Democráticos de Direito que declaram e reafirmam a garantia das liberdades individuais e coletivas, ao mesmo tempo passar por um período de grande expansão do direito penal, visto e praticado como espécie panaceia social, utilizado para solucionar conflitos cuja construção histórico-dogmática desse ramo jamais havia imaginado, em permanente constrição dessas liberdades. Essa incongruência parece ter recebido menor atenção acadêmica do que de fato merecia, pelo que se buscará nesse texto abordar suas nuances e conflitos.

E nesse contexto, o que se propõe é que todo esse afã criminalizador e desarrazoado pode ser limitado/mitigado e até aplicado, com modulações, diante do reconhecimento e aplicação da Teoria do *Maximum Ético* edificada por Joaquim Carlos Salgado.

Para atingir o objetivo proposto, foram selecionados pontos de congruência nas teorias desses dois jusfilósofos, com a contribuição de outros nomes importantes no pensamento do Direito atual, no intuito de enriquecer as reflexões sobre a legitimidade e finalidade do Direito Penal à luz dessa aproximação.

Assim, será exposta e analisada a concepção de Direito Penal como a *ultima ratio* seguida a exposição daquilo que chama expansionismo.

Em segundo momento será abordado os temas hodiernos acerca da teoria da justiça, culminando na análise da Teoria do *Maximum Ético*.

Exposto esse movimento, será realizado uma análise conjunta dentre essas dessas teorias, cumeando para conclusão.

2 DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

Não olvidando a complexidade, profundidade e especificidade do ramo Direito Penal, para efeitos deste trabalho, abordaremos o Direito Penal sob a ótica da Filosofia do Direito.

Apenas para corroborar a opção acima “[...] os “grandes” temas do Direito penal apontam diretamente para problemas centrais de uma Filosofia do Direito Penal, a exemplo da teoria da valoração penal, da legitimidade do Direito penal, e da pena.”⁵

Logo, a referida abordagem já partirá do momento histórico no qual Direito Penal implica em tratar condutas humanas consideradas socialmente reprováveis em uma seara para além da vingança privada e da composição.

O Direito Penal, enquanto direito, mais que penalizar o autor do ilícito e reprimir condutas, busca garantir os anseios que determinado corpo social considera como mais valiosos.

Leciona Rogério Greco:

A finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. Para efetivar essa proteção utiliza-se da cominação, aplicação e execução da pena. A pena não é a finalidade do direito penal. É apenas um instrumento de coerção de que se vale para a proteção desses bens, valores e interesses mais significativos da sociedade⁶

Nessa toada, aborda-se o Direito Penal como um instrumento de garantia do desenvolvimento pleno das relações e do convívio social, por meio da seleção de certos bens jurídicos, que são erigidos ao *status* de bens jurídicos-penais.

Segundo lição de Roxin:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.⁷

⁵ HASSEMER, Winfried; MOREIRA, Luiz. Direito penal libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p. 26)

⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal- Parte Geral. Disponível <https://www.passeidireto.com/arquivo/6189307/direito_penal_parte_geral_rogerio_greco>. Acesso em: 09 ago. 2022.

⁷ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 p. 18-19).

Sucintamente, forçoso conceber que o Direito, como um todo, visa a tutela de bens jurídicos. O Direito Penal, contudo, trata de bens jurídicos considerados mais valiosos; aqueles que *"por serem relevantes e fundamentais para o indivíduo e a sociedade, são, em razão disso, merecedores da tutela penal"*.⁸

Cumprir destacar que:

A questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas, também, para a Ciência do Direito Penal. Há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta. [...] a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador.⁹

Nesse sentido, o Direito Penal e o uso do *jus puniedi* somente podem ser manejados no tocante a bens jurídicos especificamente selecionados, quando outros ramos do Direito, que utilizam instrumentos menos drásticos, não são suficientes à tutela desses bens jurídicos mais valiosos.

Isso porque não se desconsidera que Direito Penal é, em si, violência, e todas as suas formas de intervenção são dessa natureza. Essa característica enseja no paradoxo: Direito penal visa tutela bens jurídicos dos mais valiosos de uns, ferindo bens igualmente tão valiosos de outros.

Nessa toada, Direito penal deve *"funcionar como um mal menor que somente é admissível na medida em que resulte de todo necessário."*¹⁰

Diante da excepcionalidade da autorização da "violência" inerente ao Direito Penal, a questão do bem jurídico selecionado como merecedor desse trato é crucial.

o bem jurídico cumpre uma função de garantia para os sujeitos, ao passo que legitima a intervenção estatal e por isso mesmo aponta o problema da Genesis e da legitimação da norma penal ¹¹

⁸ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A culpabilidade nos crimes ambientais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48

⁹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 p. 11)

¹⁰ MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21. Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 85.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: PPU, 1987, p. 185

A isso se denomina caráter fragmentário do Direito Penal, no sentido de que somente a determinados bens jurídicos são conferidos proteção penal, sendo eles bens jurídicos que ostentam maior relevância social.¹²

O princípio da fragmentariedade, na esteira de ensinamento de Cezar Roberto Bittencourt, pode ser delimitado¹³:

O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

Todavia, em essência, não basta só a seleção de certos bens jurídicos erigidos ao status de bens jurídicos-penais que autoriza a "violência" inerente ao Direito Penal.

A já mencionada excepcionalidade da autorização da "violência" inerente ao Direito Penal enseja que tal instrumento tenha um caráter fragmentário e subsidiário. Subsidiário, nesse caso, em relação a outros ramos do Direito, na concepção do Direito Penal como o último e a mais forte dos instrumentos estatais de proteção dos bens jurídicos.

Tendo em vista que a Constituição Brasileira preconiza o respeito pela dignidade humana, impõe-se que o Direito Penal só possa ser usado em última circunstância e nunca em favor de determinados interesses meramente partidários, caso contrário, ao invés de um instrumento de garantia do desenvolvimento pleno das relações e do convívio social, o Direito Penal se transformaria em instrumento de repressão.

Conforme salienta Mir Puig Santiago:

se o Direito penal de um Estado social só se legitima na medida em que protege a sociedade, perderá sua justificação caso a intervenção demonstre-se inútil por ser incapaz de evitar delitos ¹⁴

¹² Gomes, Luiz Flávio; Molina, Antonio Garcia Pablos de. Direito penal: fundamentos e limites do direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2012.

¹³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 16. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.p.58

¹⁴ Santiago, Mir Puig. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.p. 92

Em suma, o Direito Penal é o último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas capazes de desgastar significativamente os laços sociais, recorrendo-se apenas quando não seja possível a aplicação de outro tipo de direito, (civil, trabalhista, administrativo, dentre outros ramos) ou que sua utilização não atinja o principal objetivo do ordenamento jurídico que é manter a paz e a tranquilidade social.

Tal característica é conhecida como *ultima ratio*, da forma que somente em último caso deve ser aplicado o Direito Penal.

Segundo Cezar Roberto Bittencourt

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável¹⁵.

O direito penal como *ultima ratio*, segundo Ferrajoli, está estritamente conectado à concepção do direito penal mínimo, que seria uma “*política penal orientada à tutela máxima de bens, com o mínimo necessário de proibições e castigos*.”¹⁶

Tal princípio da intervenção mínima desvela o caráter subsidiário do direito penal, que nas palavras de Mir Puig Santiago

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da ‘máxima utilidade possível’ para as eventuais vítimas deve ser combinado com o ‘mínimo sofrimento necessário’ para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o ‘princípio da subsidiariedade’, segundo o qual o Direito penal deve ser a

¹⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 16. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.p. 60

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 433

ultima ratio, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos¹⁷

No contexto exposto, adota-se a premissa que a essência do Direito Penal é ser mínimo, ou seja, é proteger os bens jurídicos universais de determinada sociedade, que os demais ramos do direito não consigam oferecer a proteção necessária para a resolução de determinado conflito.

No entanto, existem aqueles que defendam o Direito Penal como *prima ratio*. Destaca-se entre eles a linha de pensamento desenvolvida por Günther Jakobs, que em sua obra “Direito Penal do Inimigo”, defendeu um Direito Penal que deveria punir o autor por suas características pessoais/ideológicas, e não propriamente pela conduta praticada – respectivamente, Direito Penal do autor, e Direito Penal do fato -, que criminalizaria os atos preparatórios, bem como suprimiria diversas garantias processuais, haja vista ser ele considerado inimigo da sociedade, e por ter “perdido” seu status de cidadão.

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, no qual se adota o Direito Penal do fato e não do autor, dentro das garantias processuais expressamente previstas na Carta Magna e nos pactos e convenções internacionais sobre de Direitos Humanos dos quais somos signatários, o Direito Penal do inimigo não se sustenta.

Mesmo assim, o que se tem visto de forma notória no atual cenário político/jurídico do país consiste na subversão do Direito Penal do autor, isto é, se transformando gradativamente em um Direito Penal de *prima ratio*, porquanto está havendo uma criminalização desenfreada de várias condutas que não deveriam atrair a atuação deste ramo jurídico, bem como a relativização ou até mesmo supressão de direitos e garantias fundamentais. Trata-se de um verdadeiro expansionismo penal, não apenas com o aumento exponencial de tipos penais, bem como com a alteração de regras penais e processuais penais para fins de suprimir garantias e direitos fundamentais e, assim, facilitar a interferência punitiva do estado na sociedade.

É nítida a perversão e inflação desmedida que vem sofrendo o Direito Penal, corroborada e incentivada pela a ideia popular de que aumentar o escopo de

¹⁷ Santiago, Mir Puig. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.p93-94

autuação do Direito (aumentar o número de bens jurídicos penais bem como lançar à tutela do Direito Penal situação onde era plenamente possível a aplicação de outro tipo de direito, (civil, trabalhista, administrativo, etc) que alcançaria de forma satisfatória o principal objetivo do ordenamento jurídico que é manter a paz e a tranquilidade social.

Um bom exemplo se encontra no Código de Defesa do Consumidor que dispõe, em seus arts. 12, § 3º e 14, § 3º, situações em que será excluída a responsabilidade civil dos produtores e comerciantes. Verifica em referidos dispositivos legais:

Art. 12:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14:

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Noutro giro, o mesmo diploma legal traz em seus arts. 61 a 74, a Lei 8.078/90 as condutas criminalmente tipificadas, tais condutas foram tuteladas pelo Direito Penal, que poderiam ser plena e eficazmente tuteladas pelo Direito Administrativo Sancionador ou mesmo pelo Direito Civil, tais como omitir informações sobre qualidade e durabilidade de produtos (art. 64, do CDC).

Verifica-se nesse exemplo o grau de ampliação a que o Direito Penal tem alcançado na contemporaneidade, oriundo da crença que a criminalização irá solucionar os mais diversos problemas da sociedade, neste caso, os abusos cometidos nas relações consumeristas, vale dizer, em seara que transcende a ideia de um direito penal mínimo.

Analisando os tipos penais trazidos pelo art. 72 e 74 do CDC, leciona Alberto Toron¹⁸:

Por outro lado, a rigor, as disposições contidas nos arts. 72 e 74 do diploma em exame não carecem de sanção penal. Veja-se que a conduta incriminada no art. 72, a teor do disposto no art. 43, § 4o, do mesmo "Código", pode sofrer

¹⁸ TORON, Alberto Zacharias. Aspectos Penais da Proteção ao Consumidor. In: BARARÓ, Gustavo Henrique (org.). Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. Volume IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 193 - 207.

neutralização com a impetração do habeas corpus. Ainda que se queira reprimi-la com sanções, bastava que o juiz, ao conceder a ordem como efeito secundário da decisão, a exemplo do que, em parte, está previsto no habeas corpus (art. 653 do CPP) impusesse, além do dever de indenizar o impetrante pelos eventuais danos e custas processuais, uma multa. Mais fácil ainda, seria a imposição autônoma de multa administrativa para coibir o comportamento daquele que impede ou dificulta o acesso do consumidor às informações ou dados constantes de cadastro, banco de dados etc.

(...)

O conteúdo da norma inscrita no art. 74, sem quaisquer outras considerações, poderia, facilmente, ser alvo de disposição civil, segundo a qual a inadequação do preenchimento do termo de garantia deve, quanto ao conteúdo, ser presumida em favor do consumidor. Dessa forma, o comportamento do fornecedor “esperto”, de saída, ficaria neutralizado e, o que é mais grave, com o risco de poder significar responsabilidade à maior. No mais, é cediço que o termo de garantia, ainda que em branco, ao lado da nota fiscal de venda ao consumidor sempre opera efeitos.

Isto posto, na sequência proposta nesse trabalho, passa-se a analisar o mecanismo pelo qual o Direito Penal tem se expandido.

3 EXPANSIONISMO PENAL

As sociedades contemporâneas em geral são profundamente marcadas pela complexidade impulsionada pelas grandes transformações sociais ocorridas nos últimos séculos.

No campo político, as Revoluções Americanas e Francesas transformaram súditos em cidadãos por meio de processos não lineares, com avanços e retrocessos, mas com um resultado a longo prazo de uma maior participação popular, direta e indireta.

A Revolução Russa, por sua vez, apresentou ao mundo um novo regime político e uma nova lógica de Estado, em um cenário de protagonismo de quase todo o século XX na rivalidade com os Estados capitalistas ocidentais. Duas grandes guerras mundiais e violentos conflitos regionais marcaram a humanidade de forma profunda, em especial após a utilização de armamentos atômicos, o que geraria a chamada corrida atômica e a produção de um arsenal atômico capaz de extinguir o planeta Terra dezenas de vezes.

No campo econômico, a Revolução Industrial e seu impulso em alcançar novos mercados expandiu a produção de bens de consumo e as relações comerciais internacionais em escala jamais vista até então. Esse movimento foi potencializado no século XIX, na busca pela industrialização dos países, mas sobretudo no séc. XX e em diante, nas disputas das grandes potências mundiais pela hegemonia global, pelas crises do sistema capitalista, pela globalização, pelas inovações tecnológicas.

Os avanços científicos e tecnológicos, ainda mais no séc. XXI, moldam e direcionam tudo o que entende por comunicação, mercado, saúde, artes, alterando de modo permanente as relações humanas e gerando significativos impactos em todas as áreas do conhecimento.

No contexto das sociedades complexas no final do século XX e início do século XXI, o que se observou em relação ao Direito Penal foi uma tendência expansionista juntamente com uma crescente deformidade de suas estruturas clássicas, o que gerou bastante preocupação nos meios acadêmicos, notadamente

pelo uso excessivo de prisões e outras agressões sem a justificção na proteção as bem jurídicos mais importantes, ao passo em que muitas teorias surgiram em busca de entender esse fenômeno e diante da necessidade de limitar a ampliação desenfreada desse ramo do direito.

Mascarenhas¹⁹ destaca a produção acadêmica nesse sentido do que se convencionou denominar Escola de Frankfurt, muito embora de seus expoentes fossem dos mais diversos locais. Autores como Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, Winfried Hassemer dedicaram sua produção acadêmica no sentido de contestar e criticar os rumos expansionistas do Direito Penal.

*A Escola Penal de Frankfurt, portanto, surgiu a partir de um conjunto de teses que defendiam a limitação do Direito Penal e a sua utilização unicamente para as condutas violadoras dos bens jurídicos tidos como essenciais ao convívio social. Os autores alemães partiram do entendimento de que a tendência expansiva do Direito Penal moderno representa, em verdade, uma confusão entre política criminal e Direito Penal, onde tipos penais são criados para regular espaços da sociedade em que não há, de fato, qualquer lesão a bem jurídico.*²⁰

Surge também nessa linha várias teorias em busca de uma contenção da expansão penal, como *garantismo penal* com Luigi Ferajolli²¹, que apresenta uma análise mais legalista e interpretação sistemática do Direito Penal, retomando a importância do seu caráter subsidiário contra o punitivismo populista e excessivo.

Entretanto, foi inspirado no conceito de sociedade de risco do sociólogo Ulrich Beck²² que Jesus-Maria Silva Sanchez cunhou a expressão *expansionismo pena*²³ e analisou detidamente em fenômeno nas sociedades contemporâneas.

Em linhas gerais, e na parte que impacta a o conceito de expansionismo penal, Beck apresenta uma nova abordagem sociológica acerca das sociedades complexas e globalizadas da atualidade, em que a economia e as inovações tecnológicas, que promovem o aumento do conforto e do bem-estar,

¹⁹ MASCARENHAS, RaualiKind. Direito penal negativo: Limites à expansão do Direito Penal – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

²⁰ Idem, pág. 21.

²¹FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

²²BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo. Editora 34, 2ª ed., 2011.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

também ampliam o *risco* da vida em sociedade. Como exemplo, tem-se o caso sempre em voga da ação humana no meio ambiente que, para a produção de toda a sorte de bens de consumo, o homem interfere na natureza, seja extraindo petróleo, desmatando florestas, o que, maior ou menor grau, amplia o risco de desencadeamento de doenças, extinção de animais e outros.

Esses riscos de procedência humana, aliados ao crescente individualismo, a fragilização dos sustentáculos morais tradicionais e a marginalização no seio das sociedades de massa contemporâneas, cria-se uma sensação coletiva de permanente insegurança, o que em certa medida, encontra respaldo em dados reais, mas em outra não, notadamente quando essa insegurança é maximizada pela mídia, que a potencializa de forma exponencial, criando uma hipersensibilidade e medo generalizado, máxime nos grandes centros urbanos.

Em todo caso, à vista do que vem acontecendo nos últimos anos, é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos *meios de comunicação*. Estes, por um lado, da posição privilegiada que ostentam no seio da “sociedade da informação” e no seio de uma concepção do mundo como *aldeia global*, transmitem uma imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo tem uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes diretamente a percepções inexatas; e, em outras, pelo menos a uma sensação de impotência. Com mais razão, por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com a qual se examinam determinadas notícias atuam como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo. Assim, já se afirmou com razão que os meios de comunicação, que são o instrumento de indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno mecanismo do bode expiatório que se acreditava do reservado aos tempos revoltos.²⁴

Mascarenhas ressalta nesse ponto a constante dificuldade de se verificar a veracidade das informações difundidas das mais variantes formas e em quantidade infinita, o que dificulta em muito a orientação do indivíduo acerca dos parâmetros ético-morais e contribui para justificativas vazias para o uso da força:

E essas consequências são ainda agravadas por um cenário social carente de referências valorativas que busca soluções para problemas de cunho ético. Vale dizer, diante da impossibilidade de se diferenciar as informações falsas verdadeiras, abre-se espaço para que todos os problemas de insegurança sejam resolvidos através da força. Falta à sociedade o espírito de solidariedade, observando-se um grupo de pessoas que, apesar de

²⁴Idem, págs. 47-48.

estarem inseridas no mesmo espaço, são isoladas em razão de suas buscas por metas individuais, desintegrando o que se entende por comunidade.²⁵

Surge, dessa forma, o cenário ideal para que as autoridades públicas reajam a esse medo e insegurança coletivos, e utilize o direito penal de forma irracional como resposta simbólica, especialmente diante de casos que provocam comoção social.

E é fato que, em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, parece mesmo razoável que a busca de elementos de orientação normativa – e, entre eles o Direito Penal ocupa lugar significativo – se converta em uma busca quase obsessiva. Com efeito, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que cabe ao Direito Penal *malgré lui* a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade.²⁶

Há, através desse tipo de normatização reativa, um grave deslocamento a justificação do direito penal enquanto instrumento protetor dos bens jurídicos essenciais para uma ineficaz tentativa de promoção da segurança pública, seja pelo apelo simbólico ou pelo uso da força, tão somente para aplacar a opinião pública. Com isso, se proliferam tipos penais, com destaque para os crimes de risco abstrato, em que não se exige um resultado naturalístico, mas basta a mera conduta para que se configura a modalidade consumada. Nos dizeres de Silva Sanchez:

Tudo isso evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme *complexidade*, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até então desconhecidos. Sem embargo, a profunda *correlação das esferas de organização individual* incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas. Dado que, no mais, tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios, como técnica de abordagem do problema. Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido).²⁷

²⁵MASCARENHAS, RaualiKind. Direito penal negativo: Limites à expansão do Direito Penal – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pág. 32.

²⁶SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 51-52

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 38.

Também como consequência dessa insegurança alastrada de forma hiperbólica, há uma forte demanda social por decisões judiciais cada vez mais punitivistas, com o surgimento da figura de juízes-heróis e midiáticos, o que provoca uma mudança de postura do próprio Poder Judiciário, redirecionado ao simbolismo penal e ao protagonismo na seara pública, ainda que isso implique na obliteração do sentido do Direito Penal democrático.

O Juiz heroico, acreditando-se justo, vai cada vez mais se afastando da lei escrita para aplicar a sua própria lei e fazer a sua própria justiça. Sendo justiceiro, deixa de ser o mediador que aplicava a lei como um terceiro imparcial que promovia a superação dialética do conflito. Transformado em parte, deixa o piso frio da letra da lei e, descendo do segundo andar até o térreo do Fórum, aproxima-se, degrau por degrau, do campo de batalha. E ali ele só encontra violência e represália; crendo-se livre da lei escrita que o aprisionava e o impedia de exercer a sua própria justiça, encontra-se agora preso à outra lei, ainda mais cruel e implacável.²⁸

Desse modo, verifica-se que o expansionismo penal não é uma deturpação simplória oriunda de arbitrariedade praticada por algum ocupante do poder, mas um mecanismo sofisticado de degeneração das raízes do Direito Penal clássico pela sensação de insegurança e medo nas sociedades pós-industriais que, potencializados e canalizados, desaguam na ampliação das funções do direito penal para as quais não lhe cabem.

Nesse ponto, destaca SILVA SÁNCHEZ:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que a tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar as causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política na instância “estatal”. Ao contrário, é minha opinião que em boa medida nos encontramos aqui ante causas mais profundas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, nas últimas duas décadas, na consequente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao direito penal.²⁹

²⁸JUNIOR, Wilson Franck; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. Do escudo de Aquiles à capa do Batman: O heroísmo togado e seus riscos à democracia. Sistema Penal & Violência, v. 5, n. 2, p. 155-156, 2013.

²⁹ Idem, pág. 30.

Silva Sánchez faz importante ressalva acerca da existência dois tipos de expansionismo penal. Com a sofisticação e complexificação das sociedades contemporâneas, novas condutas delitivas aparecem ou ainda são muda-se a importância conferida a bens jurídicos já existente. No primeiro caso, tem-se o exemplo das modernas formas de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, e outros delitos contra o sistema financeiro (popularmente denominados *crimes de colarinho branco*), os quais se utilizam de tecnologias avançadas, com transações internacionais e difícil fiscalização, que demandam uma resposta penal atualizada. No segundo caso, o aumento da importância conferida ao meio ambiente nas últimas décadas também provocou uma reação do Direito Penal em todo o mundo, em face da redefinição do lugar na hierarquia desse bem jurídico no nosso tempo.

Paulo Roberto Aguiar de Lima Filho apresenta como exemplo dessa necessária modernização do Direito Penal acerca dos chamados crimes cibernéticos nessa era da informação, que ao final, busca renovar e tornar mais efetiva a proteção de bens jurídicos já protegidos por normas penais, tais como o patrimônio e a honra, que agora estão submetidos a novos elementos e instrumentos capazes de lhes causar danos impensáveis cinquenta ou sessenta anos atrás.³⁰

A esse tipo de aprimoramento e atualização necessários ao Direito Penal frente aos novos desafios que decorrem do próprio movimento do homem na História, e que leva em consideração a função de proteção dos bens jurídicos e a promoção dos direitos fundamentais, Silva Sanchez denomina de “*expansão razoável*”. Em sentido contrário, ao se referir àquela mera sinalização à “opinião pública” (se de fato pode-se assim ser chamada) por meio de uma resposta atabalhoada e irracional via ampliação indevida do escopo do Direito Penal é chamada por esse autor de “*expansão desarrazoada*”.³¹

A doutrina já se ocupou detalhadamente desses fenômenos, - bens coletivos, interesses difusos – que realçam a crescente dependência do ser humano de realidades externas ao mesmo, como é o caso da normal atividade de determinados terceiros. O que não significa, em absoluto, que se possa afirmar, de momento, a existência de um consenso total sobre quais devem ser penalmente e em que medida. De qualquer modo, seria ocioso dedicar aqui mais espaço a essa discussão. O que interessa ressaltar neste momento é tão somente que existe, seguramente, um espaço de “expansão razoável”

³⁰ DE LIMA FILHO, Paulo Roberto Aguiar. O DIREITO PENAL NA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL: A expansão razoável frente aos crimes cibernéticos. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 6, n. 10, 2021.

³¹SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.

do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que se dão importantes manifestações da “expansão desarrazoada”.³²

Silva Sánchez exemplifica como “expansão desarrazoada” o Código Penal Espanhol de 1995, que ao invés de promover o aprimoramento das normas e instrumentos penais, praticamente apenas exasperou as penas de delitos já anteriormente previstos e a criou tipos penais, sem cumprir com a promessa de revisão ou de eliminação de delitos que não mais faziam deveriam existir.

Tal “expansão” é, por certo, uma característica inegável do Código Penal Espanhol de 1995, e a valoração positiva que importantes setores doutrinários têm realizado sobre o mesmo deixa patente como a típica “fuga” (seletiva) ao Direito Penal” não apenas é um problema de legisladores superficiais e frívolos, mas que começa a ter uma cobertura ideológica de que carecia até pouco tempo. Em todo caso, o legislador de 1995, de fato, não pôde subtrair-se nem sequer a um reconhecimento expresso – ainda que parcial – desse fenômeno, ao aludir na Exposição de Motivos do texto legal a existência de uma “antinomia do princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa”, antinomia que se resolver no texto, segundo o próprio legislador, “dando prudente acolhida a novas formas de delinquência, mas eliminando, ao mesmo tempo, figuras delitivas que perderam sua razão de ser”. Em realidade, sem embargo, o evidente era a acolhida de “novas formas de delinquência” e a agravação geral das penas imponíveis a delitos já existentes (sobretudo, socioeconômicos); em contrapartida, a transcendência da eliminação de certas figuras delitivas resulta praticamente insignificante.³³

No Brasil, os exemplos são abundantes, pois há uma enorme carência de um debate público sério na sociedade como um todo (não enclausurado na dogmática) do papel do Direito Penal, e em especial nos órgãos públicos que criam e aplicam as normas penais, pelo que vale uma análise mais detida.

3.1 Expansionismo Penal no Brasil

Anualmente, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) divulga estatísticas sobre a criminalidade no Brasil, e os índices são de fato alarmantes.

³²SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.34.

³³SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

O atlas da violência de 2021³⁴ aponta que embora em queda na comparação histórica de 2009 a 2019, a sociedade brasileira amarga taxas de homicídios acima de 45.000 ao ano, em grande parte contra casos de jovens, mulheres e negros. Essa insegurança que se verifica nesses números e gráficos é facilmente percebida no meio urbano, preenchido de casas com muros cada vez mais altos, grades, cercas elétricas, câmeras de vigilância, portarias com vidros blindados e seguranças privados em lojas por todos os cantos.

Não há como negar que existem motivos reais para a insegurança no Brasil, pela lamentável abundância de crimes contra a vida, contra a integridade física e contra o patrimônio e, sobretudo, os casos de corrupção e os crimes econômicos, acerca dos quais esse país estampa com uma infeliz recorrência as capas de jornais ao redor do mundo.

Todavia, o que também se percebe diante da gravidade desse quadro é uma constante banalização da violência e dos crimes em geral, e a ausência de debates propositivos especificamente sobre a questão penal brasileira. Quando não é a espetacularização promovida pela mídia, a situação é entregue ao populismo penal, reafirmando-se o caráter simbólico do Direito Penal.

A esse respeito esclarece, GAZOTO:

O populismo penal tem como referência ético-político as representações sociais punitivistas, que, assim podem influenciar o poder legislativo, por duas maneiras principais: uma, na qual o parlamento pode estar, sinceramente, envolvido pela ideia punitiva, quando então há uma coincidência entre o pensamento popular e parlamentar; outra, é aquela em que o parlamento – ou, ao menos, um grupo de parlamentares – pode estar se aproveitando de uma situação momentânea de clamor público por maior rigor penal, para angariar notoriedade, prestígio ou obter créditos políticos. Aqui, teremos o emprego da lei penal como instrumento de domínio indireto³⁵.

Impotente diante da gravidade dessa conjuntura, a sociedade civil lança o problema da delinquência ao Poder Público, que de modo reativo e simbólico ante o rufar ruidoso dos tambores da espetacularização midiática, invoca o Direito Penal para suprir expectativas as quais não lhe compete e ignorando seus

³⁴Atlas da violência divulgado pelo IPEA

³⁵GAZOTO, Luís Wanderley. Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao Rigor Penal Legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. 2010. Acesso em 20/03/2022 pelo site <https://repositorio.unb.br/handle/10482/6661>. Pág. 70.

fundamentos basilares. A começar pelo princípio da intervenção mínima, na medida em que torna o direito penal *prima ratio* da resolução dos conflitos, seguido do princípio da lesividade, com a proliferação de tipos penais de perigo e tantos outros.

Um dos melhores exemplos de expansionismo penal legislativo em um passado não tão distante consiste na Lei de Crimes Hediondos³⁶, cuja redação fere de morte praticamente todo o rol de princípios penais, ao ponto de equipar o crime de falsificação de produtos destinados a fins terapêuticos (art. I-A, inc. VII-B) com genocídio (art. I-A, parágrafo único, inc. I), razão pela qual figura entre o rol das legislações extravagantes mais alteradas da história republicana.

No campo da criação das normas penais, temos o aberrante exemplo da Lei 13.260/16, criada para disciplinar o terrorismo em meios as aspirações dos Jogos Olímpicos do Rio em 2016, que em seu art. 5º, qual prevê expressamente a punição atos preparatórios, algo terminantemente proibido na dogmática penal até então, causando um marco de ruptura da estrutura do secular do *iter criminis* dentro da teoria do crime para ampliar o escopo punitivo:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.³⁷

Some-se a isso a desconsideração absoluta do princípio da taxatividade no art. 2º dessa lei ao definir de forma completamente vaga o que se entende por terrorismo ou o denomina terror social:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

³⁶BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

³⁷ BRASIL. Lei nº. 13.260/16. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.

O abandono do princípio da taxatividade por esse dispositivo legal chega a tal ponto que torna imprecisa qualquer que seja a interpretação que dele se faça acerca do terrorismo.

France aponta que:

Ao inserir termo tão vago, na norma penal, há clara contrariedade à teoria constitucional do delito, bem como às garantias fundamentadas conquistadas com o decurso do tempo e novamente se aproximando do Funcionalismo Sistêmico, o qual visa proteção dos bens jurídicos a qualquer custo, haja vista que não é possível precisar o que configura um terror social, situação que poderia ensejar em uma interpretação extensiva em desfavor do indivíduo.³⁸

Os conflitos normativos decorrentes da inserção de normas penais conflitantes com as bases do sistema jurídico-penal como um todo acaba por demandar cada vez mais a reorientação jurisprudencial desses dispositivos. Não é, portanto, coincidência o protagonismo do Poder Judiciário no Brasil atual, o qual também não passa ileso aos efeitos do movimento expansionista penal. No anseio de também corresponder às expectativas de promoção da segurança pública via Direito Penal, multiplicam as “interpretações criativas” a partir de casuísmos, com constantes alterações do sentido das normas penais, o que inevitavelmente acarreta a insegurança jurídica, especialmente aos destinatários da norma.

Não é outro o entendimento de BECHARA:

Quando a utilização de elementos normativos leva à transferência do próprio sentido da criminalização para fora do Direito Penal, delegando-o a normas extrapenais e, assim, à ampla interpretação judicial, opera-se uma grande insegurança e desorientação dos destinatários da norma, restando difícil a identificação das condutas proibidas criminalmente e, assim, a motivação em relação a elas. Tem-se, aqui, a passagem do princípio da legalidade de barreira da política criminal para um instrumento a serviço desta, haja vista que abre as portas à criação casuística do Direito.³⁹

Essa onda expansionista penal atinge a aplicação do direito não apenas em casos midiáticos como também em situações eminentemente particulares,

³⁸ FRANCE, Guilherme de Jesus. As origens da Lei Antiterrorismo: os tortuosos caminhos da localização das normas internacionais de combate ao terrorismo no Brasil. 2017. Tese de Doutorado. Acesso em 14/05/2021 pelo site <https://revistajuridicas.pgsskroton.com.br/article/view/7173>. Pág. 57.

³⁹BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, normal e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo – Coleção Ciência Penal Contemporânea – vol.10 – Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020, pág. 154-155.

como no já mencionado caso do Habeas Corpus 126.292/SP, em que o Supremo Tribunal Federal relativizou a literalidade do texto constitucional, praticamente riscando no texto constitucional a exigência do trânsito em julgado para a configuração da culpa penal.

Nesse caso em específico, ficou marcada a expressão de um Ministro do STF proferida em uma palestra ao tempo do julgamento que aquela Corte deveria “ouvir a voz das ruas”⁴⁰, que há de sempre chegar (quando não filtrada) de modo desconexo, fragmentado, imbuída das paixões ideológicas e do calor político, em detrimento da voz serena da razão advinda dos direitos fundamentais. Tanto é assim que a decisão foi revertida não muito tempo depois, pelo julgamento em sede de controle concentrado, criando uma espécie de vácuo temporal em que pessoas foram encarceradas em todo o Brasil pela via da execução criminal provisória, a partir de uma interpretação *contra legem*, em um julgamento *inter partes*, ao arrepio do texto constitucional.

Mais recentemente, em mais um passo temerário na trajetória de uma expansão penal ilimitada, o Supremo Tribunal Federal criou um tipo penal via Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733, em direta afronta ao princípio da legalidade, por incluir atos de homofobia e transfobia sem previsão legal no crime de racismo⁴¹, este imprescritível por força do art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal de 1988⁴². A tese fixada é a “síntese” da abrangência desenfreada que a expansão penal tem suplantado os fundamentos do direito penal clássico:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo,

⁴⁰ Artigo do site CONJUR denominado de Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade. Acesso em 10/05/2022 pelo site <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>.

⁴¹BRASIL. Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

⁴² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5º, inc. XLII: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);⁴³

Sem olvidar da importância do tema em si, cuja análise meritória foge ao escopo desse trabalho, chama a atenção o fato de que, através do ativismo judicial, que também é uma das faces pelas quais o expansionismo penal se apresenta sem qualquer timidez no Brasil, o Supremo Tribunal Federal avançou para muito além da sua competência prevista na Constituição Federal de 1988 para responder aos anseios sociais de parcela da sociedade pela via do Direito Penal. Eis o expansionismo penal judicial tal como delineado por SILVA SÁNCHEZ. Sob o discurso de proteger direitos e garantias, decide-se uma determinada pauta de interesse social, mas pela via da criminalização, da destruição das bases elementares que sustentam o Direito Penal, que no caso acima, obliterou o princípio da reserva legal a competência legislativa constitucional, e outras tantas garantias e direitos fundamentais.

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Tese estabelecida no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e andamento de Injunção (MI) nº 4733 na sessão plenária do dia 13/06/2019. Acesso em 14/01/2022 pelo site <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>.

3.2. As Consequências do Expansionismo Penal Desarraçado

Estabelecida a diferença entre expansão penal razoável e desarrazoada, essa última modalidade apresenta consequências profundas no Direito Penal em um primeiro momento e, por conseguinte, para a sociedade.

Propõe-se, desse modo, as consequências da expansão penal desarrazoada entre *imediatas e mediatas*, em que as imediatas são aquelas que atingem diretamente o direito penal e as mediatas aquelas que acarretam impactos sociais após os efeitos no ramo penal.

Destacam-se, entre outros, os seguintes efeitos *imediatos* do expansionismo penal:

- a) O deslocamento da função do direito penal enquanto *ultima ratio* para *prima ratio* da resolução dos dilemas sociais, ruindo assim com o princípio da intervenção mínima.
- b) Degeneração da finalidade do direito penal clássico orientada à proteção dos bens e garantias fundamentais para se tornar um mero instrumento responsivo à uma dita opinião pública distorcida e hiperbolizada pela mídia em geral.
- c) Estende de forma indevida a interpretação das normas penais pré-existentes, em afronta ao princípio da reserva legal, da lesividade e outros decorrentes, como o princípio da taxatividade.
- d) Interfere de forma caótica na interpretação sistemática do direito penal, ao inserir novas normas e tipos penais dissonantes da ordem jurídica penal vigente.
- e) Flexibiliza e alarga os limites das regras de imputação, fragilizando assim o contorno das garantias e dos direitos tais como previstos na lei.
- f) Prolifera a construção de tipos penais em geral, e em especial os crimes de perigo, sobretudo os chamados crimes de mera conduta, os quais não exigem a produção de um resultado natural para a sua consumação,

g) Aumenta a insegurança jurídica pela imprevisibilidade provocada pelas constantes alterações legislativas e jurisprudencial em matéria penal.

Sobre a insegurança jurídica que tanto marca o direito penal moderno, BECHARA ressalta que resulta constantes inobservâncias ao princípio da legalidade, o que cria grandes obstáculos à uma compreensão adequada dos tipos penais:

Tratando especificamente do princípio da legalidade e de sua consideração atual, nota-se no cenário de expansão penal uma desmaterialização dos tipos penais, a partir de formulações abertas, com a ampla utilização de elementos normativos e cláusulas gerais, o que reduz as possibilidades de compreensão e controle. As atuais dificuldades em relação ao princípio da legalidade advêm, nessa linha, da deliberada incapacidade de comunicação adequada. Sob essa perspectiva, a crença cede rapidamente ante a realidade, e a intervenção penal acaba se apresentado como um símbolo incompreensível e atrofiado dentro do próprio esquema.⁴⁴

Essa insegurança jurídica vai somar-se à insatisfação ou mesmo descrença nas instituições públicas por não corresponderem às expectativas sociais na promoção da segurança pública. O resultado são os efeitos *mediatos* da expansão penal, com o destaque para os seguintes:

- h) Crise na comunicação entre representantes do poder público e população, na medida em que não há um alinhamento quanto ao papel do Direito Penal.
- i) Exasperação do poder punitivo estatal pela proliferação de normas penais e de interpretações extensivas dos tribunais.
- j) Significativa contribuição ao encarceramento em massa dos chamados “clientes habituais” do Direito Penal como decorrência lógica da ampliação da intervenção do punitivismo estatal.
- k) Criação de uma máquina punitiva estatal dispendiosa, pesada e ineficiente.
- j) Aumento da sensação de insegurança social pela utilização banalizada do Direito Penal.

⁴⁴BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, normal e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo – Coleção Ciência Penal Contemporânea – vol.10 – Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020, p. 153.

A insegurança jurídica decorrente do expansionismo penal, como se percebe, se retroalimenta ao adicionar ainda mais incertezas no meio social. Mais insegurança jurídica amplia a descrença na capacidade das instituições públicas em promover a coesão social, o que gera mais insegurança de uma forma, girando o ciclo que conduz à fragilidade dos laços sociais.

4 A IDEIA DE JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Como ponto de partida, baseamos o nosso estudo em Immanuel Kant (1724-1804), considerado um dos maiores filósofos do mundo contemporâneo. Kant nasceu em Koningsberg, cidade da Prússia Ocidental, em 1724, descendente de uma modesta família de artesãos, sendo o pai seleiro e a mãe dona de casa.⁴⁵

Kant acreditava que os conceitos dependem de condições *a priori*, anteriores à experiência, o que leva à defesa da existência de juízos sintéticos a priori, capazes de dar ao conhecimento um caráter universal e necessário, evitando o relativismo. Para tanto, Ricardo Henrique Carvalho Salgado nos ensina que:

Na Crítica da Razão Pura, Kant demonstra como são formados juízos sintéticos a priori. Para isso, ele divide o estudo das faculdades do conhecer em três grandes disciplinas: a Estética Transcendental, a Analítica Transcendental e a Dialética Transcendental, que têm por objeto, respectivamente, a sensibilidade, o entendimento, e a razão. Assim, Kant explica que o conhecimento da natureza se dá com base na sensibilidade, criando o dualismo entre o noumenon (a coisa em si) e o fenomenon (modo como a realidade modifica o homem) como ela aparece no sujeito cognoscente. O conhecimento, então, ocorre com a interiorização do fenomenon, por meio da sensibilidade.⁴⁶

Os enunciados sintéticos *a priori* constituem os pressupostos metafísicos das ciências empíricas, sua própria condição de validade.

Já quando Kant publica a *Metafísica do Costumes*, em 1797, sua primeira preocupação está voltada ao estudo das leis humanas. O homem, fugindo das leis naturais, molda suas ações de acordo com uma legislação especial: a legislação moral.⁴⁷ Nas palavras de Ferraz Júnior, tem-se que:

[...] nenhum homem pode sobreviver em uma situação em que a justiça, enquanto sendo unificador do seu universo moral, foi destruída, pois a carência de sentido torna a vida insuportável. Ao menos nesses termos existenciais é de se reconhecer que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo. Ou seja, a perda ou ausência do sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo

⁴⁵DE QUINCEY, Thomas. Os últimos dias de Immanuel Kant. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 2.

⁴⁶SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. A fundamentação da Ciência Hermenêutica em Kant. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 6-7.

⁴⁷BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Kant. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 79.

senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias, e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento⁴⁸.

Por sua vez, a ideia de justiça em SALGADO, apoiada, inicialmente, em Kant, tem como alicerce os direitos fundamentais, sendo estes conceituados na “universalização máxima do direito na forma dos direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universalmente e igualmente a todos os seres humanos”.⁴⁹

São os direitos fundamentais, quando positivados, que internalizam no ordenamento jurídico os valores que inspiram a ideia de justiça, a seguir expostos.

A ideia de justiça no mundo contemporâneo, tal como tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como o maximum ético, e a justiça como desdobramento da liberdade na forma de direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, entendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados e na Carta das Nações Unidas. Trata-se, portanto, de empreender uma teoria da justiça segundo a realidade histórica do mundo em que vivemos, caracterizada pelo Estado Democrático de Direito, que, por ser momento de chegada da cultura ocidental, põe-se como verdade do direito a englobar, portanto, todo o direito em todos os seus momentos históricos, ainda que aparentemente se manifeste com aspectos de irracionalidade.⁵⁰

A ideia de Justiça enquanto um projeto racional de concretização formal e material de uma justiça universalizada percorre um longo caminho histórico-dialético até a contemporaneidade, sintetizados e destacados por SALGADO⁵¹ em três momentos, a saber:

- a) o período da Metafísica do objeto, também denominado *período clássico*, em que a ideia de justiça está profundamente atrelada ao valor *igualdade*, período esse compreendido entre as obras de Tales

⁴⁸FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 319.

⁴⁹SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

⁵⁰SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

⁵¹SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético - Belo Horizonte. Del Rey, 2006, págs. 1 e 2.

de Mileto e São Tomás de Aquino, perpassando as culturas gregas, romana e greco-romana após a ascensão do cristianismo na Europa;

b) o período da Filosofia do Sujeito ou *período moderno*, que vai de Descartes à Kant, no qual a *liberdade* é introduzida como conteúdo da igualdade e, por conseguinte, como fundamento da ideia de justiça;

c) o *período contemporâneo* ou da Metafísica Especulativa, com marco temporal nas obras de Hegel em diante, cujo valor *trabalho* é somado à igualdade e liberdade, em um sentido de realização e concretização da liberdade e da igualdade.

A partir de Hegel, SALGADO afirma que o Direito “sintetiza” as características acumuladas ao longo do tempo, sendo elas os valores da igualdade, da liberdade e do trabalho, que se revelam na contemporaneidade enquanto consciência da juridicidade, declaração e realização dos direitos fundamentais.

A ideia de justiça nesse momento realiza esses três valores, a igualdade, a liberdade e o trabalho, na forma dos direitos fundamentais: como consciência (saber) da juridicidade desses valores (universal abstrato); como declaração (querer) desses valores como direitos, o ato de posição empírica (particular) na constituição; como efetivação desse direito na forma de fruição pelo sujeito de direito (universal concreto).⁵²

O transcorrer dessa processualidade histórica faz surgir o Estado Democrático de Direito, sendo ele o ponto crucial para a construção da ideia de justiça no mundo contemporâneo, pois é nesse modelo de Estado que se adota o compromisso com os direitos fundamentais, os quais são objetivados, declarados e principalmente efetivados não mais como valores tão somente morais, mas elevados à valores jurídicos, alcançando assim o ponto mais alto de universalização⁵³, ou como denominado por SALGADO, como *maximum ético*.

Pode-se afirmar que *maximum ético* é a efetivação da justiça no Estado Democrático de Direito. Diversamente de Hegel, que instala a sociedade civilmente organizada pelo direito no trajeto evolutivo do *espírito* objetivo, a culminar na eticidade mediadora do universal abstrato e do singular ou universal concreto,

⁵²SALGADO. Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.2.

⁵³SALGADO. Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

Salgado concentra no direito o poder sintetizante do processo ético do grupo social, senão vejamos:

Aqui, inverte-se a proposta hegeliana de Filosofia do Direito. Não o político, o Estado, tem a primazia do conceito ou momento de chegada do processo ético. É o direito que ocupa esse lugar superior no processo histórico do ético. A moral é o momento ainda abstrato desse processo, que, através do político, o Estado, realiza o momento da efetividade ética plena, o direito. A moral em si mesma considerada permanece ligada ao sentimento, em que pese o esforço filosófico para dar-lhe racionalidade plena.⁵⁴

Ultrapassado o estudo preliminar, imprescindível para se entender a complexidade e a completude da reflexão proposta, passa-se a tecer considerações sobre a origem do poder e o sistema de divisão das funções do poder estatal⁵⁵ e, logo em seguida, sobre a formação dos sistemas jurídicos contemporâneos.

O início do surgimento da convivência em sociedade trouxe consigo o nascimento do poder e a eterna disputa entre o seu exercício e os limites impostos contra o seu crescimento indiscriminado, a fim de evitar que esse exercício se transforme em exploração econômica e abuso por aqueles que o detêm em face daqueles que estejam em fragilidade econômica, hierárquica ou social.

Dada a amplitude dos significados da palavra poder, seu estudo é multidisciplinar, o que é fundamental na formação de um conceito sólido. Neste sentido, será objeto de estudo a origem do poder, como forma de identificar os requisitos que legitimam à sua aplicação.

Além disso, será analisado o processo de divisão das funções do poder, que no Brasil, se iniciou na Constituição de 1824. A noção básica de poder insere-se na atividade de impor à vontade sobre alguém, independente do interesse deste último.

Em sua obra, “Economia e Sociedade”, Max Weber (2008) publicou importante estudo sobre a formação do poder e sua influência na sociedade. Para tal, dividiu o poder em três tipos principais: legal, referente as regras e normas existentes naquela sociedade que definem as atribuições de poder existentes em determinados

⁵⁴SALGADO. Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

⁵⁵ As principais ideias desta reflexão foram publicadas no II Encontro Virtual do Conpedi, pag. 57-74. <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/5sp8w83g/DB9kPCbgi7yQn1Q2.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

cargos; tradicional, que estabelece com base nas tradições e costumes daquela sociedade quem exercerá os cargos de poder e; carismática, ligado a questões sobrenaturais e qualidades pessoais (carisma).

O poder tem tanta importância na regulação do convívio social, que contrapõe o pilar do pensamento filosófico que é a liberdade. Joaquim Carlos SALGADO (1988) explica bem a questão da liberdade como cerne do pensamento filosófico⁵⁶:

Se admitirmos que a liberdade é o centro gravitacional do pensar filosófico, a idéia de justiça, como objeto da Filosofia do Direito, tem como valor polarizador a liberdade. Cabe, pois, elucidar o que se entende por liberdade, como valor informador da idéia de justiça. Apenas de modo figurativo poderíamos falar, por exemplo, da liberdade de movimento de uma molécula de gás em expansão, ou de um animal na floresta. A liberdade que se presta à reflexão filosófica e, portanto, da Filosofia do Direito, só se concebe como liberdade de um ser racional, portador de *lógos*, da palavra, no dizer de Aristóteles. Para o grego, o livre (*eléuteros*) era o que se opunha ao escravo (*doúlos*); era o que tinha “o direito à palavra na assembleia dos cidadãos”. Sócrates interioriza esse conceito de independência como independência perante a natureza animal do homem. Aristóteles explicita-o na fórmula da autonomia e escolha.

Salgado ensina que a transição dos valores costumeiros para a mediatidade da lei inaugura o momento em si da justiça. A revalorização da lei sobre a valoração dos costumes dará origem ao direito, cuja formulação se emancipará da espontaneidade das redes culturais.

O que é valorado culturalmente recebe uma nova valoração da legalidade, a dar origem aos institutos jurídicos. São eles que imporão aos indivíduos o *dever* ou a *faculdade* de agir, tanto quanto a *abstenção*, na medida em que qualificarão as condutas como devidas, permitidas ou vedadas. Significa dizer que a criação do sujeito de direito cria, por consequência, o reconhecimento da validade jurídica por parte de terceiros.

Daí que se pode afirmar que é pelo poder que as relações sociais se definem e a estrutura organizacional é formada. O surgimento do poder permitiu a realização da sociedade e remete a formação do Estado.

⁵⁶SALGADO. Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 256.

Burdeau define poder como “*uma força a serviço de uma ideia*”⁵⁷, ou seja, a organização de uma sociedade depende de regras jurídicas impostas coativamente pela força de um poder.

Ao facilitar a construção do Estado organizado, o surgimento e o estabelecimento do poder, encaminhou a implementação de divisões dentro da sociedade entre chefes e subordinados, exploradores e explorados, opressores e oprimidos, o que gerou discussões sobre os meios que pudessem limitar este poder.

Como forma de coibir abusos, permitir a realização do conceito de liberdade e implementar a paz social, o francês Charles-Louis de Secondat, mundialmente conhecido como Barão de Montesquieu, aprofundou o estudo feito por Aristóteles, filósofo grego que realizou minucioso estudo sobre o poder e as formas de governo em sua obra ‘A Política’, e apresentou o estudo ‘O Espírito das Leis’⁵⁸, na qual as funções do Estado foram divididas em três poderes independentes: Executivo, Legislativo e Judiciário, com atribuições previamente definidas e com poderes suficientes para que um poder reprima quaisquer abusos eventualmente cometidos por parte de outro.

Em sua obra ‘O Espírito das Leis’, Montesquieu⁵⁹ descreveu, de modo pormenorizado, as funções de cada poder político e suas respectivas áreas de atuação. Para evitar que o crescimento desproporcional de um poder pudesse afetar a sociedade de forma antidemocrática, Montesquieu apresentou uma proposta de limitação de poder, mediante um sistema de “freios e contrapesos”, no qual cada poder exerce um controle sobre o outro para evitar uma dominação político-econômica entre eles.

A partir deste estudo, as funções do Estado passaram a se dividir entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, sendo que, atualmente, existe um grande debate público sobre um quarto poder fiscalizador e, até mesmo, acerca de um quinto poder fiscalizador do quarto poder.

Esta obra de Montesquieu foi de fundamental importância na formatação da sociedade moderna por limitar o poder público em face das liberdades individuais dos cidadãos.

⁵⁷BURDEAU, Georges. *Méthode de la science politique*. Paris: Dalloz, 1959..

⁵⁸MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁵⁹MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Inclusive, a obra de Montesquieu serviu de inspiração para diversas Constituições brasileiras, com início na Constituição de 1824 (Constituição do Império), que noticiou a importância da tripartição funcional do poder. A teoria da separação de poderes de Montesquieu foi aplicada nas Constituições Brasileiras de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988, embora, em algumas ocasiões, nem sempre essa separação das funções dos poderes ocorreu na realidade.

Destaque-se, que a Constituição da República vigente, introduziu o Estado Democrático de Direito no Brasil e atribuiu funções estatais aos três poderes de Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário, para que cada um as exercessem independentemente, mas em harmonia⁶⁰, utilizando-se das garantias fundamentais previstas no texto constitucional.

Neste sentido, estabeleceu o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1789): *“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*.

Diversos outros autores possuem obras sobre a origem, funções e limites do poder, como Niklas Luhmann⁶¹, em sua obra “Legitimação mediante Procedimento”, que descreve a importância dos procedimentos, sejam eles judiciais, eleitorais ou legislativo, como forma de legitimar o poder estatal.

É indiscutível que o exercício do poder deve ocorrer dentro do Estado Democrático de Direito e em observância aos princípios da ampla defesa, efetividade, legalidade e devido processo legal, em um procedimento realizado em contraditório substancial.

O exercício do poder é identificado em qualquer contexto hierarquizado, ele está presente nos órgãos do Poder Público, em empresas privadas, empresas públicas, associações, partidos políticos, sindicatos e, inclusive, nas relações familiares.

Em algumas situações a sua incidência ocorrerá de forma mais branda, como nas relações familiares de filhos maiores ou emancipados, ou de

⁶⁰ BRASIL. Constituição Federal. “Art. 2º: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁶¹LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

maneira mais rígida e estanque, como em determinadas relações de emprego ou setores públicos.

Fato é, que o poder, sempre acompanhou a sociedade, pois é o impulso que permeia as relações humanas. O entendimento do poder é fundamental na compreensão dos institutos jurídicos e suas repercussões nas decisões judiciais.

4.1 Direito como *Maximum Ético*

Em Salgado, a ideia de justiça no mundo contemporâneo é compreendida através do conceito de *maximum ético*. Trata-se do último momento possível da ética em um processo histórico-dialético entre poder (liberdade unilateralizada) e Direito (liberdade bilateralizada)⁶².

Os valores universalmente reconhecidos, antes restringidos ao campo da moral, ascendem ao patamar de bens jurídicos objetivados, os quais são organizados a partir de um sistema de normas jurídicas, de modo a possibilitar a convivência das liberdades individuais, da fruição dos direitos fundamentais e o exercício do poder. A ética do mundo contemporâneo é, portanto, universalizada, objetivada e declarada como direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito.

A ideia de justiça no mundo contemporâneo, tal como a tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma dos direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal igualmente a todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como *maximum ético* e a justiça como desdobramento da liberdade na forma de direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, entendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados e na Carta das Nações Unidas. Trate-se, portanto, de empreender uma teoria da justiça segundo a realidade histórica em que vivemos caracterizada pelo estado democrático de direito, que, por ser um momento de chegada da cultura ocidental, põe-se como verdade do direito a englobar, portanto todo o direito em todos os seus momentos históricos, ainda que aparentemente se manifeste com aspectos de irracionalidade.⁶³

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são a origem, a legitimidade, a validade e a finalidade de sua existência. São esses valores,

⁶²SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15., p. 1.

⁶³SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

elevados ao patamar de valores jurídicos na contemporaneidade, que promovem a coesão social e limitam o poder estatal, sobretudo o poder coercitivo. O Estado justo, portanto, na linha da ideia de justiça como *maximum* ético, é aquele que reconhece, declara e, principalmente, efetiva os direitos e garantias fundamentais, em sua dimensão formal e material.

A idéia de justiça que realiza esse *maximum* ético no mundo contemporâneo, entendida como a inteligibilidade ou racionalidade imanente do direito positivo no processo histórico da sua formação tem, portanto, como momento de chegada, a *efetividade* dos direitos fundamentais, declarados e reconhecidos nas ordens jurídicas contemporâneas.⁶⁴

A presença da desarmonia no Estado Democrático de Direito consiste, por conseguinte, na inobservância ou no desrespeito às garantias e direitos fundamentais por qualquer dos poderes que a constitua. É o que acontece quando, por exemplo, juízes extrapolam os limites da lide para julgarem segundo a sua própria consciência ou a percepção subjetiva de justo, em abandono dos valores universalizados pelo direito, ou ainda quando são criadas leis que não viabilizam a fruição dos direitos fundamentais.

Não que o injusto não esteja presente no Direito, pois faz parte do próprio movimento dialético da ideia de Justiça que permite o avanço da racionalidade, mas enquanto momento a ser superado, pois o direito, diferente de outros sistemas de ordenação pela força, se pretende justo, e para isso, deve se orientar em coerência com os valores juridicamente universalizados, em busca da pacificação e coesão social.

O Direito é todo o processo no qual está também o antidireito ou o direito arbitrário do Estado autocrático como um momento que não pode ser tomado abstrato ou separadamente, mas momento a ser superado no direito racionalmente distribuição universal da Liberdade no estado de direito. Mesmo nos estados autocráticos no mundo contemporâneo, signatários da carta das Nações Unidas, há a declaração de direitos, o que já é direito existente, não na sua forma de plena efetividade. Desse modo, a declaração de direitos no mundo contemporâneo realiza processualmente a sua racionalidade, como saber e fruição universal e igualitária da liberdade na forma de direitos fundamentais. Não há, portanto, que excluir do direito a sua manifestação na forma arbitrária, e até mesmo criadora de privilégios, pois que pertence, como mero momento, ao processo de sua própria superação, a dar-se no plano do Estado Democrático de Direito, em que o saber da liberdade e o agir livre formam uma unidade.⁶⁵

⁶⁴SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 270.

⁶⁵SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3 e 4.

Sob outro prisma, a ideia de justiça como máximo ético consiste na emancipação do sujeito de direito, não mais como sujeito passivo, subserviente às vontades políticas, típico dos sistemas totalitários, mas sujeito de direito ativo, que se reconhece livre e que é capaz de invocar os instrumentos pelas vias estatais permitidas para resguardar e garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Na contemporaneidade, não há mais espaço para a justiça meramente formal, apenas declarada em ordenamento jurídico, mas aquela que, declarada e reconhecida, se materializa no plano real via mecanismos democráticos para que os direitos fundamentais se concretizem de fato.

A suma importância conferida à efetivação dos direitos fundamentais na visão de Salgado sobre a justiça no mundo contemporâneo implica que a função do direito não se limita a prevenção e a solução de conflitos no seio social, assim a *justa* prevenção e solução dos conflitos, com a ampla participação das partes, pelas vias democráticas, para se alcançar a justiça em sua concepção material. Por causa dessa função, o valor justiça, que se revela na norma jurídica em observância aos direitos fundamentais, deve orientar o Direito tanto no momento de sua criação quanto da sua aplicação, principalmente, em sua efetividade.

De outro lado, de nenhuma serventia seria o direito se se contentasse com a solução pura e simples do conflito de interesses, pois a sociedade pode criar mecanismos mais eficazes do que o direito para fazê-lo, por exemplo, a solução imposta pelo mais forte. Entretanto, e a sociedade criou o direito é porque a solução não mais é puramente animal, mas exige um conteúdo de racionalidade mínima que afaste o homem do mero instinto da força. Essa racionalidade mínima é a finalidade da norma, que se distingue da mera função por ser axiológica, tanto no que concerne aos indivíduos envolvidos no conflito, quanto no que se refere à sociedade como um todo. A solução do conflito apenas não é suficiente. Exige-se que seja feita de modo *justo*, com relação às partes, com a dimensão social que se requer, chame-se de paz social ou bem comum.⁶⁶

Como corolário lógico, o valor Justiça na contemporaneidade para Salgado não é somente mais um valor dentro de um sistema de hierarquia de valores positivados, mas a própria essência e valor fundante do Direito, e da própria cultura ocidental, haja vista se tratar da universalização do *Ethos* em seu máximo alcance, tanto em extensão quanto em intensidade.

O direito, é, nesse sentido, o *maximum* ético de uma cultura tanto no plano da extensão (universal nesse caso significa de todos e reconhecido por

⁶⁶SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 124.

todos), como também no plano axiológico – enquanto valores mais altos ou de cumeada, tais como formalizados.⁶⁷

Nessa trajetória, a *liberdade* adquire uma posição central na concepção da ideia de Justiça, pois é a substância na qual se origina e se opera a racionalidade que permite a existência da ideia de justiça enquanto projeto. É a base que possibilita e sustenta a universalização e a racionalização do *ethos* no Estado Democráticos de Direito.

Por decorrência lógica, não há racionalidade na criação e na aplicação de normas dentro do Estado Democrático de Direito senão para a promoção das liberdades individuais e coletivas, mitigando os conflitos que decorrem dos choques entre os arbítrios.

Inspirado em KANT⁶⁸, SALGADO aponta que a liberdade é o *único direito material que funda a criação do direito*⁶⁹, por possibilitar a decisão e sua externalização por meio da vontade. Quando essa vontade atinge a vontade do outro, surge a necessidade de limitação as liberdades pelo reconhecimento da liberdade desse outro, de modo que se estabeleça o convívio harmônico. Disso nasce o direito, através da universalização da constelação de valores socialmente estabelecidos, em um contexto democrático, para viabilizar as liberdades individuais em sociedade. Nos dizeres de SALGADO:

O direito realiza, assim, a liberdade, não apenas como saber da liberdade, necessário, pois sem saber o ser livre que é livre não será evidentemente livre, mas também como agir livre, na medida em que essa liberdade se concretiza na forma de direitos subjetivos, ou seja, reconhecidos às pessoas singulares, o que só é possível no direito. Eis como a justiça no mundo contemporâneo se manifesta, como efetivação da liberdade na forma de direitos subjetivos e fundamentais, universalmente reconhecidos numa ordem normativa livremente posta.⁷⁰

O Estado Democrático de Direito é, portanto, o ápice do processo dialético entre poder e direito, responsável por congrega e mediar as liberdades individuais, criando o direito com conteúdo ético:

⁶⁷SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

⁶⁸SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

⁶⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético - Belo Horizonte. Del Rey, 2007, p. 13.

⁷⁰SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético - Belo Horizonte. Del Rey, 2007, p. 15.

O Estado Democrático de Direito contemporâneo é desse modo o momento de chegada, após a sua cisão no processo do seu desenvolvimento histórico – que planta suas origens na cultura helênica – na medida em que a autonomia da vontade gera a validade formal do direito, pelo diálogo, portanto pelo consenso, encontra conteúdo do direito nos valores racionalmente postos como determinantes dessa vontade e desses fins éticos do Estado Democrático.⁷¹

Entre os instrumentos que o Estado Democrático de Direito se utiliza na garantia das liberdades se destaca o Direito Penal, ramo do direito pelo qual esse Estado exercerá sua força coercitiva em face de graves violações aos bens universalmente reconhecidos e elevados ao patamar de bens jurídicos.

4.2 *Maximum* Ético e a Necessária Valoração do Direito Penal

Em que pese não haver uma tratativa direta sobre direito penal na obra de Salgado acerca da justiça no mundo contemporâneo, nela estão lançados os fundamentos para a compreensão do que possa ser o papel do direito penal na era do direito como *maximum* ético, haja vista a necessidade de valoração da norma penal, sob pena de se tornar um instrumento vazio, dissociado das funções e das finalidades do Estado Democrático de Direito, além da potencialidade de se tornar mortalmente ideológico.

A esse respeito, esclarece Bechara:

No marco político de um Estado Democrático de Direito, tal qual estabelece a Constituição Federal brasileira de 1988, que tem como base a afirmação dos direitos fundamentais do cidadão, a intervenção penal exprime invariavelmente uma relação de tensão entre a eficácia da atuação protetiva social exigida dos poderes públicos e as garantias individuais que devem eles oferecer. Referida tensão gera consequências na valoração material dos limites e do alcance das zonas do proibido estabelecidas pelas normas incriminadoras, produzindo-se uma antinomia cujo ponto de equilíbrio consiste em uma das maiores dificuldades para a construção de um sistema penal legítimo, entendido como meio público para a compreensão normativa acerca dos interesses sociais fundamentais, bem como a fronteira das liberdades individuais, sem perder de vista que estas últimas devem constituir a regra e o fundamento de uma sociedade democrática.⁷²

Nessa linha, o sistema jurídico-penal democrático é aquele que encontra na relação dialética de valores universalmente reconhecidos e elevados à

⁷¹SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético - Belo Horizonte. Del Rey, 2007, p. 256.

⁷² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, normal e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo – Coleção Ciência Penal Contemporânea – vol.10 – Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

norma jurídica a sua racionalidade, sua limitação e o seu equilíbrio, não somente nos formalismos de uma visão engessada da legalidade.

Bechara alerta ainda sobre os riscos de um sistema penal avalorativo ou a que denominou “*valorativamente neutro*”⁷³, limitado tão somente ao formalismo legal de linguagem dogmática que se pretende pura e autossuficiente, como preconizava o positivismo em sua vertente originária.

A esse respeito, ensina Salgado:

O direito é a forma avançada e mais elaborada de universalização dos valores éticos, pois se tais valores permanecem regionalizados como valores morais de um grupo, embora a aspirem não têm a objetividade de valores de toda a sociedade, não são valores como tais (universais) reconhecidos. (...) O direito é, neste sentido, o maximum ético de uma cultura, tanto no plano da extensão, como também no plano axiológico- enquanto valores mais altos ou de cumeada, como tais formalizados⁷⁴.

Por se tratar do ramo do direito que interfere de forma mais drástica na sociedade, capaz de definir a vida e a morte de acusados em alguns países⁷⁵, um sistema penal desprovido de valoração pode facilmente se tornar um instrumento ideológico de extermínio por grupos que ocupam o poder. Tem-se como exemplo os terríveis horrores vividos pelos judeus na Alemanha nazista, cuja experiência de um positivismo extremo e deturpado⁷⁶suprimiu a orientação do Direito Penal em relação aos direitos fundamentais, ao mesmo passo em que preencheu o seu conteúdo por uma ideologia de superioridade racial travestida de uma fantasiosa vontade do povo, culminando na criação de uma engenharia mortal pelo próprio sistema jurídico-penal.

Mesmo no caso de intervenções penais menos drástica, notadamente no caso da prisão, a ausência de valoração do direito penal tem consequências negativas bastante significativas, como o encarceramento em massa, a censura, e toda a sorte de arbitrariedades possíveis pela degeneração do *ius puniendi* que se verifica na atualidade.

⁷³ Idem, pág. 36.

⁷⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

⁷⁵A Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XLVII, c/c art. 84, XIX estabelece a proibição da pena de morte, com a exceção de crimes militares em caso de guerra declarada, na modalidade de fuzilamento, conforme determina o art. 56, do Código Penal Militar.

⁷⁶Sobre a influência do positivismo jurídico no direito penal alemão durante o período do nacional-socialismo, vide PEREIRA, Fernanda Linhares. O Tribunal de Nuremberg: um julgamento singular para o direito internacional (1945-1946). Revista Espaço Acadêmico, v. 15, n. 176, p. 64-75, 2016.

A valoração do Direito Penal, portanto, orientada à promoção dos direitos fundamentais, e não aos ventos de movimentos ideológicos, ou ainda aos auspícios de grupos políticos insidiosos, lhe confere a legitimidade e a racionalidade exigida na construção do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a racionalidade das normas penais é tema que merece muita atenção na atualidade, máxime a proliferação de leis penais destoantes das estruturas basilares do direito penal voltado à proteção dos bens jurídicos, ao ponto de transformar códigos inteiros em uma espécie de “colcha de retalhos”, sem coerência e integração lógica interna e externa.

Como será explanado de forma mais detalhada à frente, a expansão do Direito Penal, potencializada pelo populismo penal, promove uma avalanche de novos tipos penais que, aos poucos, vai ruindo a racionalidade de todo o sistema penal, pois não raro são normas direcionada à resolução de situações casuísticas, desprovidas de uma inserção sistemática, causando conflitos normativos e abrindo as portas para interpretações cada vez mais extensivas da norma penal e dissonantes da dogmática penal tradicional. Como consequência implacável, tem-se o acirramento do punitivismo estatal e a retroalimentação desse mecanismo expansionista penal.

Voltado ao direito como um todo, mas com significativa adequação ao Direito Penal, Salgado aponta que é na valoração que o direito encontra a sua racionalidade nas democracias:

A constituição do Estado Democrático de Direito realiza a um só tempo a legitimidade do poder (a vontade do povo) e a justiça da boa lei (a razão da lei) ou da constituição. Nela encontra o Estado ou a comunidade política a unidade da legitimidade formal do poder e da justiça da lei, no direito, vale dizer: a unidade do político como forma e procedimentos estatuídos pela razão instrumental e postos pela vontade, e do ético laborado em direito como conteúdo valorativo posto refletidamente pela razão. Quer isso dizer: *procedimento*, como legitimidade formal do poder; processo, como movimento racional da cultura na produção do conteúdo axiológico do direito.⁷⁷

É possível, portanto, inferir que o direito penal na era do direito como *maximum* ético é aquela busca preservar e garantir os direitos fundamentais, vale dizer, aquele que mais fomenta as liberdades individuais e coletivas, e que menos intervém para restringi-las, de modo a proteger os bens jurídicos mais significativos, reconhecidos, declarados de forma democrática.

⁷⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético - Belo Horizonte. Del Rey, 2007, pág. 256.

Reafirma-se, nesse ponto, os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade, em que o lugar do Direito Penal no “*ponto de cumeada*” da processualidade histórica do Direito em si é ser invocado tão somente quando há graves lesões e ataques concretos aos bens jurídicos penalmente tutelados, respeitando-se os valores que sustentam a vida em sociedade, e não como *prima ratio* em uma utilização política como panaceia social ou como cordéis de manipulação social.

Em busca da preservação da liberdade, sem desprezar a necessidade de segurança dos indivíduos, dentro dos limites e do Estado Democrático de Direito e do necessário equilíbrio entre esses valores, o Direito Penal *justo* segundo as bases da teoria do *máximum* ético é aquele apontado para a proteção dos bens jurídicos e não um instrumento de controle social.

Portanto, o *maximum* ético do direito penal é ser mínimo, é ser de fato a *ultima ratio*, de modo a preservar e ao mesmo tempo preservar as liberdades individuais ao menor custo em termo de interferência do Estado.

5 EXPANSIONISMO PENAL NA ERA DO DIREITO COMO *MAXIMUM* ÉTICO

Diante de toda essa exposição, cumpre retornar ao questionamento inicial acerca da existência de uma contradição, ao menos aparente, entre a expansão punitivista justamente quando o direito alcança seu estágio enquanto *maximum* ético. Há de rejeitar a expansão penal como um todo para que se efetive as garantias e direitos fundamentais? Em outras palavras, há de se rejeitar o Direito Penal Moderno por completo, e resgatar de forma integral o Direito Penal Clássico como proposta à limitação do expansionismo penal?

Não parece ser essa a saída a unir esses as ideias de SALGADO e SILVA SÁNCHEZ, pois o caminho apontado por ambos consiste na direção de que a existência de um não-direito é momento importante da dialética entre poder e direito a ser superado no Estado Democrático de Direito, e que seria necessária uma reorientação de sentido e de valoração ao Direito Penal.

5.1 Propostas de Uma Expansão do Direito Penal na Era do Direito Como *Maximum* Ético

Silva Sanchez assinala que o estágio atual da expansão do Direito Penal nas sociedades contemporâneas não permite um retorno total ao Direito Penal Clássico das ideais iluministas, o qual muitas vezes é descrito de forma romanceada, fictícia, como um sonho dogmático de um Direito Penal profundamente ético que não se verificou em sua plenitude na História.⁷⁸ Por outro lado, não se deve permitir a consolidação do Direito Penal Moderno Expansionista, o qual não vê limites formais suficientes para a ampliação do poder punitivo desmedido dos Estado.

Tem-se, portanto, em uma primeira perspectiva, a crise de legitimidade do Direito Penal na contemporaneidade, notadamente referente a seu papel nessas sociedades e o grau de interferência e limitação a ser adotado nos

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 186.

Estados Democrático de Direito. Silva Sanchez não vê essa tensão como algo negativo, ao contrário, verifica nela o atrito primordial no processo dialético entre liberdade e segurança para que o do Direito Penal se desenvolva na atualidade:

La crisis, em realidad, es algo com natural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, imanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado em los primeros Estados de Derecho. En ellos, em efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada em el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal)', empieza a no ser resuelta automáticamente em favor de la seguridad, de la prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece em nuestros días. De ello, sin embargo, habrá ocasión de ocuparse más adelante mostrándose cómo, em mi opinión, tal crisis o tensión permanente no constituye, em sí, un fenómeno negativo; al contrario, probablemente es éste el motor de la evolución del Derecho penal. Una evolución que, a mi entender, muestra rasgos significativamente dialécticos, y se plasma em síntesis sucesivas de signo ascendente humanitario y garantístico, pese a lo que algunos momentos de antíteses puedan llevar a pensar.⁷⁹

Como resposta a essa tensão, Silva Sánchez propõe a aceitação de um espaço razoável à expansão do Direito Penal, vale dizer, não se apregoa o engessamento eterno do sistema penal aos moldes iluministas para todos os casos, mas que a expansão seja sempre guiada pela proteção dos bens jurídicos.

Silva Sanchez analisa esse espaço aceitável da expansão penal dividindo essa análise em dois blocos. O primeiro bloco consiste nos delitos cuja pena cominada é a privação da liberdade. Nesse, a expansão penal somente deveria operar se respeitados rigorosamente os princípios e garantias penais, na ideia já exposta de orientação da criação e interpretação das normas penais visando a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse ponto de fato há a defesa intransigente da preservação do Direito Penal Clássico e sua justificativa na proteção dos bens jurídicos. A

⁷⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: José Maria Bosch Ed. S/A, 1992, pág. 13. Tradução livre: "A crise, de fato, é algo inerente ao direito penal enquanto conjunto normativo ou, pelo menos, é, evidentemente, imanente ao direito penal moderno, surgido a partir do Iluminismo e corporificado nos primeiros Estados de Direito. Neles, com efeito, a antinomia entre liberdade e segurança (expressa na esfera penal na tensão entre prevenção e garantias, ou mesmo, se preferir, entre legalidade e política criminal), começa a não se resolver automaticamente em favor da segurança, de prevenção; Assim, já se detecta um início de crise, de tensão interna, que permanece em nossos dias. No entanto, haverá ocasião para tratá-la mais tarde, mostrando como, em minha opinião, tal crise ou tensão permanente não constitui, em si, um fenômeno negativo; pelo contrário, esta é provavelmente a força motriz por trás da evolução do direito penal. Uma evolução que, a meu ver, apresenta traços significativamente dialéticos, e se traduz em sucessivas sínteses de um signo ascendente humanitário e garantido, apesar do que alguns momentos de antítese possam levar a pensar."

velocidade da expansão penal nos delitos sancionados pela prisão deve ser a mais lenta possível, pelo rigor exigido e as drásticas consequências de sua expansão.

O segundo bloco se refere aos crimes com sanções diversas à prisão, tais como a prestação de serviços à comunidade, prestações pecuniárias ou restrições de direitos. Nessa esfera, o rigor das limitações normativas e principiológicas tradicionais do Direito Penal pode ser mitigado, mas jamais abandonado, concedendo assim uma abertura espaço para o uso do direito penal na contenção de riscos da sociedade moderna, permitindo-se até mesmo a criação dos delitos de perigo, *desde que jamais sejam sancionados com prisão*.

Em conclusão, pode-se afirmar que certamente existe, como mencionado no princípio, um espaço de expansão razoável do Direito Penal. O espaço razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam e põe em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supraindividuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantias. Paralelamente a isso, pode-se admitir *resignadamente* a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou de perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supraindividuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da *razoabilidade* dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. à medida em 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.⁸⁰

Para além das tecnicidades legislativas que se seguem na implementação dessa proposta, verifica-se em Silva Sánchez, com efeito, o afastamento de uma negação da força do movimento expansionista penal ou de sua necessidade, o que não implica no outro extremo de se opor à essa expansão pela restauração do Direito Penal Clássico em sua totalidade, considerando já ultrapassado o ponto possível de retorno diante da complexidade das sociedades atuais.

O que se pretende é que o Direito Penal nas sociedades contemporâneas retome a sua racionalidade, a sua razoabilidade e a sua legitimidade, para que passe por modificações e atualizações sem que se renuncie aos seus

⁸⁰SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

princípios basilares. Princípios esses como o da legalidade, da lesividade, da intervenção mínima, da presunção de inocência, os quais não apenas orientam o Legislador, como também justificam o uso do poder punitivo no Estado Democrático de Direito, e que são abandonados no movimento de da expansão penal desarrazoada.

Todavia, não se verifica em Sánchez uma proposta que fato possa limitar esse expansionismo, mas tão somente uma separação do direito penal em função das penas aplicáveis aos delitos para mitigar os danos causados pela expansão do Direito Penal. Qualquer proposta que indique apenas os princípios jurídico-penais como barreira suficiente a conter essa expansão não se sustentaria de igual modo, haja vista que já foram rompidas recorrentemente, e tendem a cada vez mais permitir a passagem para um punitivismo exarcebado.

Nesse ponto, a compreensão do Direito como *maximum* ético contribui para uma possível resposta de contenção da expansão penal como um todo, não em função das penas aplicáveis, mas na medida em que, para além dos princípios tradicionais do Direito Penal, enfoca a efetividade das garantias e dos direitos fundamentais, o que, por decorrência lógica, retoma a função do Direito Penal na proteção dos bens jurídicos mais sensíveis à vida em sociedade.

Nisso se visualiza mais um ponto em que as duas teorias tratadas nessa obra se complementam, na medida em Silva Sánchez alerta para o problema do expansionismo penal no mundo contemporâneo, com suas nuances e mecanismos, e Salgado, por sua vez, redireciona uma possível saída pela via compreensão, da criação e da aplicação do Direito como Justiça, esta entendida como *maximum* ético no mundo contemporâneo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que a teoria do *maximum* ético tem muito a contribuir no pensar o Direito Penal, sua legitimidade, sua função e seus pressupostos, sobretudo, pela ênfase dessa teoria na efetivação das garantias e direitos fundamentais, sobretudo, a liberdade,

Cumpra nesse ponto derradeiro enfrentar a indagação primeva acerca da (ao menos aparente) contradição entre o Direito como *maximum* ético e o expansionismo penal enquanto possibilidade de coexistência.

Pelo que se verificou nessa pesquisa, a expansão razoável do Direito, que visa a proteção dos bens jurídicos que sustentam a vida em sociedade, pautado em uma atualização do Direito Penal em face das transformações que o mundo não é somente compatível, mas necessárias, pela melhoria das proteções legislativas e interpretativas que possam promover.

Todavia, a expansão do direito penal desarrazoada não se mostra compatível com a Teoria do *Maximum* Ético, vez que consiste na negação da própria natureza subsidiária do Direito Penal, e como demonstrado, deturpa a função designada pela estrutura desse ramo do Direito, isto é, ser a *ultima ratio*.

As limitações que a lei e os princípios jurídicos podem oferecer para conter a expansão do Direito Penal, tal como proposto por SILVA SANCHEZ, se mostraram em boa parte ineficientes, haja vista ser próprio desse movimento suplantar tais barreiras. Por isso, é de suma importância pensar uma reorientação do Direito Penal em toda a sua sistemática, tanto na sua criação quanto em sua aplicação, direcionada a efetivação dos direitos fundamentais, o que a teoria do *Maximum* Ético pode muito contribuir.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, normal e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo – Coleção Ciência Penal Contemporânea – vol.10 –** Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

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

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.**

BRASIL. Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.**

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Kant.** 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL. Lei nº. 13.260/16. **Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.**

BURDEAU, Georges. **Méthode de la science politique.** Paris: Dalloz, 1959.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control Social y Sistema Penal.** Barcelona: PPU, 1987.

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

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da violência 2021.** São Paulo: FBSP, 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. Tradução J. Guimarães Menegale.** São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1943.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DE QUINCEY, Thomas. **Os últimos dias de Immanuel Kant.** Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

DA ROCHA SOUSA, Devilson; GORCZEWSKI, Clóvis. **A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E O RETROCESSO AOS DIREITOS HUMANOS: um campo aberto para violações e autoritarismo.** Revista Húmus, v. 8, n. 24.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p 433.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FONSECA, Renon Pessoa. **A consciência política na teoria da justiça de Joaquim Carlos Salgado.** Tese de doutorado defendida em 2018 perante a Universidade Federal de Minas Gerais. Acesso em 08/07/2021 no site <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-B5FLR8>.

FRANCE, Guilherme de Jesus. **As origens da Lei Antiterrorismo: os tortuosos caminhos da localização das normas internacionais de combate ao terrorismo no Brasil.** 2017. Tese de Doutorado. Acesso em 14/05/2021 pelo site <https://revistajuridicas.pgsskroton.com.br/article/view/7173>.

GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao Rigor Penal Legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo.** 2010. Acesso em 20/03/2022 pelo site <https://repositorio.unb.br/handle/10482/6661>.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- Parte Geral.** Disponível <https://www.passeidireto.com/arquivo/6189307/direito_penal_parte_geral_rogerio_greco>. Acesso em: 09 ago. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; Molina, Antonio Garcia Pablos de. **Direito penal: fundamentos e limites do direito penal.** São Paulo: Ed. RT, 2012.

GUIMARÃES, Sílvia Pereira; CAMPOS, Pedro Humberto Faria. **Sociabilidade Violenta: contemporaneidade e os novos processos sociais.** Revista EVS-Revista de Ciências Ambientais e Saúde, v. 35, n. 5, p. 901-913, 2008.

GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia.** Estudos Sociedade e Agricultura, 2001. Acesso em 04/04/2022 pelo site <https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/188>.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

HASSEMER, Winfried; MOREIRA, Luiz. **Direito penal libertário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JUNIOR, Wilson Franck; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. **"Do escudo de Aquiles à capa do Batman: O heroísmo togado e seus riscos à democracia."** Sistema Penal & Violência 5.2 (2013): 147-157.

LUHMANN, Nicklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MASCARENHAS, Rauali Kind. **Direito penal negativo: Limites à expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito. Colección: Maestros del Derecho Penal**. n. 21. Buenos Aires: IBdeF, 2006.

MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo. Estudos de sociologia do crime e da violência urbana**, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NETO, Levindo Lopes Vieira. **A definição de *actio* romana e *maximum* ético em Joaquim Carlos Salgado**. Dissertação de mestrado defendida em 2017 perante o programa de pós-graduação da Universidade Federal de Minas Gerais.

PEREIRA, Fernanda Linhares. **O Tribunal de Nuremberg: um julgamento singular para o direito internacional (1945-1946)**. Revista Espaço Acadêmico, v. 15, n. 176, p. 64-75, 2016.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Me Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. **O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF)**. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, v. 11, n. 40, p. 04-15, 2020.

ROSA, Gerson Faustino. **A violação da personalidade humana pelo expansionismo penal**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 15, n. 3, p. 41-70, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **A fundamentação da Ciência Hermenêutica em Kant**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; MELO DA SILVA, Gustavo Felipe. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, pp. 531 - 551, jul./dez. 2017. Acesso em 19/01/2022 pelo site <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1894>.

SANTANA, Selma Pereira. **Autopia da liberdade de expressão num suposto estado democrático de direito**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, v. 25, 2015.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: José Maria Cosch Ed. S/A, 1992.

SOUZA, Daniela Moreira de. (Org.). **Temas aprofundados do direito penal moderno**. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tese estabelecida no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e andamento de Injunção (MI) nº 4733 na sessão plenária do dia 13/06/2019**. Acesso em 14/01/2022 pelo site <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos:(Lei n. 8.072/90)**. Revista CEJ, p. 32-39, 1999.

TORON, Alberto Zacharias. **Aspectos Penais da Proteção ao Consumidor**. In: BARARÓ, Gustavo Henrique (org.). Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. Volume IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 193 - 207.

TURINI, Ramon Teixeira; DA SILVA FERNANDES, Bráulio; LOPES, Ricardo Ferraz Braidá. **Reflexos do avanço expansionista à luz das velocidades do Direito Penal**. Revista Vianna Sapiens, v. 11, n. 2, p. 24-24, 2020.

WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: VGuedes Multimídia, 2008.