Direito penal e direitos humanos: uma possível harmonização mediada pelo garantismo.

Criminal law and human rights: a possible harmonization mediated by the garantism

Erika Babini Lapa do Amaral[1]

RESUMO:Trata o presente artigo do confronto de dois conceitos aparentemente opostos, Direito Penal e Direitos Humanos. Analisa-se as razões aparentes da incompatibilidade e a possibilidade de harmonização dos mesmos. Pondera a atuação simbólica do sistema jurídico penal como causa da falta de credibilidade do mesmo e o garantismo penal como possível alternativa para a superação. Para tanto, vale-se da teoria dos bens jurídico-penais como critério de legitimação do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Garantismo; Direitos Humanos

RESUME: This article intend comes confrontation of two seemingly opposite concepts, Criminal Law and Human Rights. It analyzes the reasons for the apparent incompatibility and the possibility of harmonizing them. Ponder the symbolic role of the criminal justice system as a cause of lack of the own credibility and the criminal garanstism as a possible alternative to overcome this. To this end, uses the theory of legal criminal assets as a criterion of legitimacy of criminal law

KEY WORDS: Criminal Law; garantism; Human Rights

[1] Mestre e Doutoranda em Direito Penal pela UFPE. Profa. de Direito Penal da UNICAP e da Faculdade Damas.

Considerações iniciais

A concepção de Estado democrático[2], no qual vive a quase totalidade das sociedades modernas, é fruto de uma longa caminhada histórica, com tempos de valorização ou de negação dos direitos do homem[3].

Todavia, a consolidação desses direitos, ainda hoje não foi verdadeira e efetivamente estabelecida, sendo, aliás, "coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos" (BOBBIO, 1992, p. 16), o que se justifica pelo fato de que a concepção original de proteção desses direitos vem sendo deteriorada e perdendo espaço no cenário ideológico e político.

Nesse sentido, Noberto Bobbio afirma que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los" (BOBBIO, 1992, p. 24) , tendo em vista que o problema não está mais no pano filosófico, mas sim, no plano jurídico, tema que impulsiona o interesse das diversas áreas científicas que façam parte de uma realidade circunscrevente.

Nesse diapasão, não é de causar estranheza que o Direito Penal, considerado "como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantibilidade da ordem jurídica" (PRADO, 2004, p. 55), seja capaz de figurar como uma ferramenta apta a proteger os Direitos Humanos.

Em outras palavras, poder-se-ia até afirmar que "a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos" (FREITAS, 2001, p. 36).

Assim, o Direito Penal como qualquer outro ramo do Direito tem finalidades específicas, pois é preciso que algo se realize, de forma que o que importa é

---

[2]A despeito da ambigüidade em volta do termo "Estado de Direito", será adotada, para os fins deste trabalho, a seguinte definição e Norberto Bobbio, por considerar que ela resolve, no plano prático, tais ambivalências: "por Estado de Direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais e devam ser exercidos no âmbito das leis que os regulem, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou o excesso de poder" (BOBBIO, 2000. p. 15)

[3] Em que pese as dissensões acerca desta terminologia, adotar-se-á, para fins deste trabalho, a classificação apresentada por Ingo Sarlet "´direitos do homem´- no sentido de direitos naturais ainda não positivados, ´direitos humanos´ - positivados na esfera do direito internacional e ´direitos fundamentais´ - direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo Direito Constitucional interno" – (SARLET, 2004. p. 36).

conhecer as verdadeiras finalidades e, através de um estudo crítico, decodificar os interesses embutidos e assim, dirigir o campo de ação, que no caso, enfatizamos a proteção dos Direitos Humanos.

Todavia, o desiderato é ousado, tendo em vista que atualmente o sistema penal[4] tem perdido a credibilidade, dado seu funcionamento simbólico, mostrando-se inadequado a promover a estrutura de defesa dos Direitos Humanos para qual é conclamado.

Entretanto, se for entendido o correto significado da razão de ser do Direito Penal, e especificamente, no que trata este trabalho, sobre a conceituação e finalidade do bem jurídico penal sob a ótica garantista do Direito Penal mínimo, tal ramo tornar-se-á legítimo à proteção dos Direitos Humanos, passando a significar o marco limite do poder punitivo estatal, como afirma Baratta:

> asume, en este caso, una doble función. En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva respecto de la definición del objeto, posible pero no necesario de la tutela por medio del derecho penal (BARATTA, 2004, p. 300)

Destarte, primeiro será demonstrada a situação que o discurso jurídico penal encontra-se atualmente e a razão de ser de sua ilegitimidade perante à coletividade; em segundo momento analisar-se-á a concepção de Direito Penal mínimo de cunho garantista, adotando simultaneamente as posições teóricas de Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, e, por fim, ultrapassadas essas etapas chegar-se à conclusão pretendida.

1. As verdadeiras razões do direito penal

A ideologia da defesa social é tida pelos juristas, de uma maneira geral, como um símbolo de evolução do sistema penal moderno, e por isso aceita categoricamente; de modo que raramente é objeto de discussão.

---

[4] Direito penal e sistema penal são expressões que não se confundem. Segundo Nilo Batista: “direito penal é um conjunto de normas jurídicas que prevê os crimes e lhes comina sanções, bem como disciplina a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do c rime e a aplicação e execução das sanções cominadas. Já sistema penal, é a intervenção de três instituições: a policial, a judiciária e a penitenciária que realizam o direito penal, que nas palavras de Zaffaroni, ‘ sistema penal é o controle social punitivo institucionalizado’, incluindo no conceito de institucionalizado os casos de ilegalidade rotineiras conhecidas e toleradas, como esquadrões da morte, espancamentos ‘disciplinares’ etc...” (BATISTA, 2005, p. 25).

Isto porque, durante muito tempo a “pureza” da ciência jurídica impedia a atividade crítica de outros ramos científicos, fazendo com que a onipotência do discurso jurídico prevalecesse como verdade incontestável.

Neste espeque, sob a concepção do substancialismo penal e pautado no princípio da legalidade formal, o sistema penal vem criando tipos penais vaga e indeterminadamente voltados, não para o fato ilícito, mas para o delinquente como ser anti-social, buscando sempre puní-lo sob o apanágio da “proteção da sociedade”.

Com esse prisma é que se observa a criação das figuras do “tipo do autor” ou do “inimigo do povo” ou do inimigo do Estado: o direito penal terá de ser substancialmente um ordenamento para o castigo da falta de fidelidade

A conseqüência Baratta esclarece:

> o direito penal não é mais *a extrema*, mas sim a *prima ratio* para uma nova solução dos problemas sociais, que é, ao mesmo tempo, repressora (com o aumento da população carcerária e a elevação das penas em muitos países) e simbólica (com o recurso às leis manifestos, com o qual a classe política tenta recuperar perante a opinião pública a legitimidade perdida, acolhendo a sua demanda por aumento de pena) (BARATTA, 1997, p. 66)

Quer dizer, a onda de criminalização cada vez maior das condutas tidas como típicas vem descaracterizar a força cogente própria do Direito Penal, tendo em vista que o sistema não consegue punir a todos e nem todos sabem que algumas de suas condutas são crimes. Por isso continua o autor:

> a criminalização dos conflitos traz consigo paradoxalmente a sua despenalização. De fato, ao aumentar o número de previsões da pena, o eficientismo aumenta também o nível de impunidade, que mesmo num direito penal normal corresponde a uma percentagem altíssima dos casos penalmente relevantes. (BARATTA, 1997, p. 66)

Marília Montenegro ressalta:

> não há dúvida que quanto forem os números de tipos penais, maior será a banalização do direito penal, pois se todos os furtos, todos os adultérios, todas as falsidades, todos os crimes de trânsito, todas as contravenções penais (...) fossem concretamente criminalizados, não haveria habitante que não fosse por diversas vezes criminalizado. Assim, quanto mais o órgão legislativo inflacionam os tipos penais, contribuem para aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador. Isto gera então uma sensação impunidade para uma parcela da população, que são aparentemente imunes ao sistema punitivo (MELLO, 2004, p 73).

Resumidamente Zaffaroni arremata a questão:

> Na verdade, sempre se soube que o discurso penal latino-americano é falso (...) Hoje temos a consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico. (...) O sentido de ‘crise’ refere-se a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal (...) ‘crise’ para nós, portanto, é o momento em que a falsidade discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcertando o penalismo da região (ZAFFARONI, 2001, p. 15).

Quer dizer, o abuso das sanções punitivas expressa o desaparelhamento estatal, porquanto o Estado, que poderia cuidar de algumas condutas menos ofensivas a bens jurídicos por outros meios de controle, deságua todas as suas incapacidades, de forma atécnica, no Direito Penal. Assim, narra Jose Luis Guzmán Dalbora:

> las sanciones punitivas denota un claro "síntoma de la incapacidad política y técnica, cuando no de una imposibilidad económicofinanciera, de imaginar o ensayar diversos y a menudo más eficaces instrumentos de tutela a los intereses que se revelan paso a paso merecedores de Ella (DALBORA, 2006, P. 2).

Baratta, comentando o assunto relembra as conseqüências desta tomada de decisão:

> da doutrina da segurança nacional resta ainda a trágica lembrança dos anos setenta e oitenta na América Latina, quando a ideologia autoritária, inspirada no princípio 'schmlttiano' do amigo-inimigo, serviu para sustentar não somente um direito penal do inimigo, cujas marcas ainda estão presentes, inclusive nos Estados com regimes formalmente democráticos . A doutrina da segurança nacional serviu também e sobretudo a um sistema penal ilegal, paralelo ao legal, e muito mais sanguinário e efetivo que este último: um verdadeiro terrorismo de Estado, como o que foi desenvolvido nas ditaduras militares do cone sul (BARATTA, 1997, p. 58).

Por estas questões, Raúl Eugênio Zaffaroni, o Direito Penal seria desprovido de racionalidade, porquanto é despido da fundamentação antropológica da pessoa humana, além de abarcar uma série de contradições internas, além de não cumprir na prática o que promete na norma. Para o autor, a falta de coerência do sistema e a inadequação na realidade são causas da irracionalidade do Direito Penal e conseqüente ilegitimidade, que sequer pode ser substituída pela legalidade, tendo em vista que o próprio discurso penal não atua com legalidade. Afirma Zaffaroni: “porque nem sequer a este nível prévio o exercício de poder do sistema penal é legal” (ZAFFARONI, 1991, p. 21)

> No entanto, uma leitura atenta das leis penais permite comprovar que a própria lei renuncia à legalidade e que o discurso jurídico-penal (saber penal) parece não perceber de tal fato (...) exclui dos seus requisitos de legalidade o exercício do poder de seqüestro e estigmatização que, sob o pretexto de identificação, controle

> migratório contravenções etc... fica à cargo do órgão executivo sem intervenção efetiva dos órgãos judiciais (ZAFFARONI, 1991, p. 22).

Com isso, defendeu o jurista argentino que quanto maior o embuste do discurso penal, representado pelo chauvinismo científico, maior será a ofensa à pessoa humana, porque a ação agressiva será sempre tida como legítima.

Nils Christie alerta sobre o perigo desta ideologia, que no Brasil é expressada pelo movimento de "Lei e Ordem":

> não existe nenhum tipo de nação-estado no mundo contemporâneo completamente imune ao perigo de ser submetido a um governo totalitário (...) os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vê dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar a sociedades a governos totalitários (CHRISTIE, 2002, p.1).

1.1 A luta pela legitimação do direito penal

Dado o momento crítico da legitimidade do poder punitivo, vertentes político-criminais procuram resgatar a credibilidade do Direito Penal, e dentre eles, o garantismo penal, é o que tem ganhado mais espaço.

> Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra interesse da maior, constitui objetivo justificante do direito penal (...). é precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

O sistema garantista, portanto, é um modelo limite, tendencial, jamais perfeitamente satisfazível, porque é na verdade amplamente idealista, porque "de fato nunca foi realizado, nem nunca será realizável" (FERRAJOLI, 2002, p. 33), mas é um fim a ser buscado, como símbolo de um Estado Democrático de Direito.

E para desenvolver uma adequada doutrina da justificação, além de esquivar-se dos critérios ideológicos e adotar a distinção entre doutrina de justificação e motivação e funções da pena e os meios sejam adequados aos fins, o autor recorreu a um critério: "máximo bem-estar possível para os não desviantes e o mínimo mal-

estar para os desviantes, o que não se confundo com o objetivo da prevenção dos delitos”[5].

O objetivo fundamental desse modelo tem como base principiológica da pena mínima:

> trata-se da prevenção mais do que delitos, de outro tipo de mal, antiético ao delito(...) Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva, mas não penal, que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo fundamental objetivo justificante do direto penal (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

Neste viés, as penas não são úteis apenas para prevenir o delito, é essencial também que o faça em relação a punições injustas, de modo que tutele, não apenas o ofendido, mas também o delinquente. Trata-se da construção de um discurso com a perspectiva da pena mínima necessária, sendo essa um fim em si mesma, que é a minimização da reação violenta.

Desta forma, pode-se dizer que são os objetivos do Direito Penal:

> dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam, a prevenção a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias e desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Este quadro de justificação é o único que permite diferenciar o Direito Penal de outros sistemas de controle social, seja o policiamento, seja o terrorismo, é então o impedimento do exercício das próprias razões.

Sob esse aspecto, o Direito Penal se justifica pela proteção do mais fraco (seja a vítima, exposta a delitos, seja o criminoso, contra vingança ou a força estatal arbitrária), de modo que, por mais paradoxal que se pareça, a pena é uma proteção ao réu[6].

É essa, pois a face do Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais se definem normativamente enquanto bens que não podem

---

[5] O que significa uma falácia em relação às penas, porquanto figura-se apenas o limite mínimo o qual pode chegar a extremos para atingir o objetivo da capacidade dissuasória da prevenção, sendo então um sistema de afronto à dignidade da pessoa humana.

[6] Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra interesse da maioria, constitui objetivo justificante do direito penal (...). é precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário

ser ofendidos nem com delitos, nem com punições, sendo a pena uma expressão da coação estatal que se justifica em razão da ação de não-liberdade realizada pelo autor.

Neste ensejo, resgata-se a legitimidade proclamada pelo autor italiano, que apesar de não democrática, nasce dos vínculos impostos pela lei, visando cumprir a função punitiva e a tutela dos direitos de todos, de modo que a adoção outra que não de um sistema garantista pode custar mais dores e injustiças do que qualquer delito cometido.

Todavia, não possível se tratar desse garantismo apenas sob o aspecto dogmático de limitações estatais, é preciso a ele acrescentar mecanismos que determinem sua efetiva atuação.

Nesse sentido, Baratta concede uma nova roupagem à teoria garantista, o que ele denomina de garantismo positivo:

> significa entende-lo como garantismo positivo, isto é, como resposta às necessidades de segurança de todos os direitos, e inclusive os de prestação por parte do Estado, e não somente da pequena (ainda que importante) parte representada pelos direitos de prestação de proteção contra agressões provenientes de comportamentos delituosos de pessoas (BARATTA, 1997, p. 66).

Esse aspecto é melhor compreendido a partir da aplicação em um objeto de conhecimento, a fim de que não fique apenas na abstração, o que se demonstrar no item seguinte através dos bens jurídico-penais.

2 Bens jurídico-penais e proteção dos direitos humanos

Como pode se observar dos dois pontos anteriores, existe um fosso extenso entre a realidade prática da vida em sociedade e aquilo que o Direito Penal prega em realizar.

Entretanto, a doutrina do Direito Penal mínimo é mais viável para buscar diminuir essa distância e primar pela efetivação dos Direitos Humanos.

> a violência dos conflitos barbariza o direito penal e, por outro lado, a violência punitiva, fora destas regras e dos limites do Estado Social de direito – barbariza os conflitos. O programa de um direito penal mínimo do direito penal da Constituição, não é somente o programa de um direito penal mais justo e eficaz; é também um grande desafio de justiça social e de pacificação dos conflitos. Portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, p. 2002, p. 30).

Mas do que trata o Direito Penal? O que se deve punir e proibir?

Esses questionamentos têm respostas que se diversificam durante os tempos, já que o direito não é algo revelado ao homem, nem descoberto pela sua razão, ao revés, “é produzido pelo agrupamento humano e pelas condições concretas em que esse agrupamento se estrutura e se reproduz” (BATISTA, 2005, p. 18).

Descrevendo bem o intuito que se pretende demonstrar acerca da construção do Direito, Ricardo de Brito pontua:

> o direito não é fruto do acaso nem da comunhão geral da sociedade em torno de valores comuns expressos dessa ou daquela maneira, mas encontra-se determinado por fatores de índole mais ampla e complexa, tais como todos aqueles relacionados às alterações que se produzem na estrutura econômica e política da sociedade (FREITAS, 2001, p. 2).

Diferente não poderia ser com o Direito Penal, tendo em vista que existe uma íntima relação entre o processo de transformação social e o próprio Direito Penal. Por isso que alhures foi dito que é possível a efetivação da relação protecionista do Direito Penal aos Direitos Humanos, desde que seja o real significado ideológico embutido decodificado e trabalhado em prol deste objetivo.

O que não se pode perder de vista é que a categoria do bem jurídico-penal remete ao problema central de toda teoria jurídica do delito: a função do direito penal e sua legitimação. E inobstante a falta de precisão do que realmente consistem estes bens, há a concordância dos penalistas democráticos que cabe ao Direito Penal tutelar bens, e não moralidades ou desejos.

Historicamente, as primeiras noções de bens jurídicos referiam-se a direitos subjetivos, conforme a ideia de Paul Johan Feuerbach, cuja real intenção era impedir que a aplicação da lei “ocorra de forma arbitrária, independentemente de qualquer lesão, tendo constituído à época, uma reação do Iluminismo ao arbítrio anterior” (PASCHOAL, 2003,p. 28).

Posteriormente, Michael Franz Birbaum foi o responsável por uma materialização do objeto de proteção do Direito Penal, propondo que não se visa à defesa de direitos subjetivos e sim de bens, já que o direito subjetivo não pode ser lesionado, mantendo-se incólume, enquanto se lesiona o objeto sobre o qual o direito subjetivo recai. Isto é “esse conceito surgiu como uma forma de limitar o poder penal do Estado” (BRANDÃO, 2002, p. 108).

Tempos depois, Karl Binding desenvolveu a concepção de bem jurídico formal, referindo-se somente àqueles que desfrutam de uma condição de vida da comunidade jurídica e para cuja manutenção, a própria coletividade, representada pelo legislador, tem interesse em proteger de lesões ou perigos, por meio de suas normas.

Já a concepção de bem jurídico de Franz von Liszt ultrapassou as barreiras da lei para buscar na sociedade o que seria passível de proteção penal:

> Chamamos bens juridicos os interesses que o direito protege. Bem juridico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos ou do individuo ou da collectividade. E‘ a vida, e não direito que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. (...) a idéia do bem jurídico é, ao nosso ver, mais ampla do que a do direito subjetivo (LISZT , 2006, p. 93-94).

Era o início da tendência moderna de definir os bens jurídicos à luz da sociedade, de forma que Hans Welzel conceituou-o:

> É pois o orifício da agulha pelo qual têm que passar os valores da ação: nenhuma reforma do Direito Penal pode ser aceitável se não se dirige à proteção de algum bem jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação. O que faz o Direito Penal é estabilizar esses valores éticos-socias da atitude interna de uma forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente o do princípio da legalidade e da proteção de bens jurídicos (PASCHOAL, 2003, p. 45).

Atualmente, um dos defensores mais assíduos e acurados da teoria dos bens jurídicos penais, Windfried Hassemer, afirma: “A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal (...) A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido.” (ROXIN, 2006, p. 16).

Zaffaroni emprestou a definição de que é “a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas” (ZAFFARONI, 2004, p. 238).

Contudo, há aqueles que negam a prevalência do princípio dos bens jurídicos, apontando um equívoco restringir o âmbito de atuação do direito penal a lesões de bens jurídicos. Günther Jakobs, por exemplo, baseia-se na premissa de que a função do direito penal é a confirmação da vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos, de forma que “Tomar o bem jurídico como exclusivo ponto de partida

sem dúvida conduz ao extravasamento, porque com isso cai completamente fora da perspectiva a esfera jurídica do autor" (JAKOBS, 2003, p. 110).

No Brasil, já há mais de três décadas, Everardo da Cunha Luna na defesa e manutenção do bem jurídico pelo direito penal, se referia às duras provas e vicissitudes pelas quais passam esta categoria, pois nem sempre se quer ver nele o objeto de proteção jurídico-penal.

> Duas correntes doutrinárias, ambas de inspiração anti-democrática e anti-liberal, tentaram negar o relevo do bem jurídico-penal: a primeira, a do direito penal da vontade, surgida na Alemanha, sob o regime nazista, e a segunda, menos radical, a da teoria do crime sem ofensa, iniciada na Itália, sob o regime fascista, por Antolisei. Tais correntes acham-se superadas e quando aparecem o fazem sem um rigor primitivo (LUNA, 1970, p. 37).

Arrematando, Cláudio Brandão: "Bem jurídico deve ser definido, pois, como valor tutelado pela norma penal, funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade" (BRANDÃO, 2002, P. 112).

Como se observa, o conceito de bem jurídico é controvertido, entretanto, não se deve menosprezar a função que lhe cumpre de limitar o poder arbitrário do Estado, o qual passou a ser destacada com a Escola Clássica[7], quando esquadrinhou restringir o Estado para afastar as sombras *Anciém Regime.*

Mas independente da denominação, para que a categoria exerça a função de limitação do Direito Penal, é necessário

> Introducir precisiones que no dependan de la subjetividad de la doctrina o del legislador, habida cuenta que sólo por esta via puede cumplir el bien jurídico su papel limitador del poder punitivo del estado, configurador de lãs categorias dogmáticas y de instrumento de crítica a la legislación positiva (castillo; pavajeu, 1996, p. 11).

Destarte, funcionando o Direito Penal dentro destes parâmetros, é possível defender sua racionalidade, o que já não ocorre se houver a violação deste limite e a ofensa aos valores protegidos no espectro dos Direitos Humanos, caso que a categoria dos bens jurídicos torna-se apta a denunciar a ilegitimidade do sistema penal.

---

[7] "o crime é um 'ente jurídico', diz a doutrina possui natureza eminentemente racional, pois, em uma atmosfera política que se preocupava em fixar claramente os limites da intervenção estatal , neste ambiente especulativo que descurava o dado de fato para acentuar a supremacia, as possibilidades e as exigências da razão humana, o crime acabava por ser considerado um 'ente da razão' e, portanto um 'ente jurídico', dada fonte racionalista de toda a norma de direito". (FREITAS, 2003, p. 122)

Conforme se observa, desde tempos remotos até hoje, a conceituação de bem jurídico é controvertida, mas jamais se pode perder de vista que se trata de um conceito limite do poder punitivo. Se de um lado o Direito Penal utiliza-se da privação da liberdade para coibir condutas contra bens jurídicos tutelados, por outro lado, a liberdade humana tem que ser preservada através de uma incidência mínima dessa ferramenta de controle social, pois conforme já havia sido determinado "a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias".

O uso abusivo da pena traz a perda da sua força intimidativa, "já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente" (LUISI, 2003, P. 42). Deve-se evitar o que Francesco Carrara intitulou de "nomorréia penal" ou na expressão de Reinhart Frank "hipertrofia penal"

Portanto, o papel do direito penal mínimo é essencial para a realização do direito justo, principalmente da efetividade do direito penal proteção dos direitos humanos.

2.2 O papel do bem jurídico penal e a garantia dos direitos fundamentais como consagração dos direitos humanos.

Pondo termo ao presente trabalho, já se pode vislumbrar o papel que o instituto do bem jurídico penal, através da ótica do direito penal garantista, desempenha no auxílio à consagração dos Direitos Humanos.

O bem jurídico é o filtro de seleção das condutas sociais para serem tuteladas penalmente. Assim, em razão da liberdade ser inerente à pessoa humana a qual é restringida em de uma pena aplicada, na balança dos custos, essa (pena) somente será razoável ser efetivada quando a ação que a implicou atingiu interesses tão ou mais importantes.

Nesse viés, é imperioso reconhecer que a Constituição, com o rol dos direitos fundamentais, pode ser o parâmetro de limitação da seleção de tutela penal. Não que todos os direitos fundamentais sejam objeto de proteção penal, senão estar-se-ia novamente numa situação de inflação legislativa em que o Estado não teria possibilidade de punir a todos os delitos, recaindo na falta de credibilidade perante os cidadãos, mas que essa (tutela penal) não ultrapasse a barreira do "núcleo essencial" daqueles, porque por si só já representam os interesses maiores da

sociedade, razão pela qual estão ali previstos como cláusula pétrea, que, em hipótese alguma, poderá sofrer reforma, ainda que advenha uma nova Constituição, fruto do Poder Constituinte Originário[8].

Portanto, o núcleo essencial dos direitos deve sempre ser mantido e respeitado, inclusive pelo sistema jurídico-penal. É bem verdade que o constituinte de 1988 não determinou o que significa "núcleo essencial" dos direitos fundamentais. Todavia, deixando de lado as cogitações constitucionalistas sobre a aplicação do direito comparado, é possível considerar oportuno, como caso de aplicação na seara penal, o exemplo da constituição alemã que trata das cláusulas pétreas.

Valendo-se do entendimento abalizado de Ingo Sarlet, na ordem constitucional alemã não foi determinado um rol de direitos fundamentais, os quais foram cunhados como qualquer um relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos que "não se esgotam e si mesmos, manifestando-se cada direito fundamental na condição de elementos integrantes de seu núcleo material intangível" (SARLET, 2004, p. 398).

Portanto, o limite do direito penal de atuação há de ser sempre os Direitos Humanos cuja reprimenda recaia tão somente nas condutas que infrinjam os valores mais relevantes para os indivíduos, evitando o que Carrara intitulou de "Nomorrea penal".

3 Conclusão

À título de considerações finais, é imperioso compreender que o Direito Penal somente é legítimo na exata medida que sirva, não apenas para tutelar os valores tidos como essenciais em tal ou qual seio social, protegendo, pois, a sociedade como um todo e particularmente o cidadão, mas também de igual maneira, proteger o agente do delito e de eventuais arbitrariedades do Estado (evitando-se a vingança estatal do direito penal do terror), tutelando os seus direitos fundamentais enquanto pessoa humana que é.

Quer dizer, a legitimidade do direito penal reside no seu caráter de *ultima ratio,* na verdade de limitação do Estado, porquanto somente a interferência mínima

---

[8] Refiro-me neste caso não a todos os direitos fundamentais, mas o "núcleo essencial" destes, cujo reconhecimento jurídico é fruto de conquistas históricas e que se confundem com os próprios direitos

na sociedade e a tutela apenas dos bens jurídicos (interesses) essenciais à pessoa humana, legitima o Direito Penal como ferramenta de proteção dos Direitos Humanos, evitando inutilmente a imposição do mal da pena, quando outras ferramentas de controle social, como a atuação administrativa, por exemplo, poderia atuar mais eficazmente na prevenção geral e especial, produzindo resultados mais benfazejos que a conseqüência desastrosa do encarceramento.

Enfim, a legitimidade do Direito Penal é dada através do garantismo em seu aspecto processual e penal, para que seja embasado nos pilotis da justiça, igualdade e fraternidade, perfazendo-se como uma ferramenta mais que hábil para a garantia e a proteção dos Direitos Humanos.

Entretanto, é imperioso ressaltar que "as idéias não saem sozinhas por aí consertando o mundo. Para que elas se efetivem na prática, é necessário que as forças sociais concretas as transformem em instruções, comandos, códigos, instituições etc." (FREITAS, 2001, p. X)

Em outras palavras, é preciso a atuação da sociedade como um todo e principalmente do jurista na fiscalização da atuação do Estado, quiçá no âmbito penal, para que se possa atingir "a máxima felicidade para o maior número" (2001, p. 53)' como recomendou Césare Beccaria.

Referências

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. Instituto Carioca de Criminologia: *Discursos sediciosos crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, Ano 2, n. 3. p. 66, 1º semestre, 1997.

_____. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, introdução à sociologia do direito penal*. Coleção Pensamento criminológico. 2 ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastas Editora, 1999.

_____. *Principios del derecho penal minimo* (para uma teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). Criminologia Y Sistema Penal (Compilación in memoriam)**.** Buenos Aires: Julio César Faria, 2004,

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Ed. Revam, 10º ed, 2005.

---

do homem os quais independem de positivação para sua existência

BECCARIA, Césare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001(reimpresso).

BOBBIO.Norberto. *Liberalismo e Democracia*: editora Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico.* Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Ícone, 1995.

BOBBIO, Noberto. *A era dos Direitos Fundamentais*. 19 ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal***.** Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gomes*. Bien Jurídicos y Derechos Fundamentales.* Sobre um concepto de Bien Jurídico para Colômbia. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1996.

CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALBORA, Jose Luis Guzmán. Problemas penales de la tutela jurídica del acervo de cultura de la comunidad. In Primer Congreso Iberoamericano De Derecho De La Cultura, 2001. Madrid. Anais eletrônicos. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Instituto Universitario de Derecho de La Cultura. Cátedra Andrés Bello de Derechos Culturales. Dispinível em <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/IUDC/1ccoma.htm>. Acesso em: 19 de fev. 2006

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.* São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____*. Razão e sensibilidade: fundamentos do Direito Penal moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal***.** trad. André Luis Callegari: colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Allemão***.** vol. I. Coleção História do Direito Brasileiro: Brasília, 2006.

LUISI, Luiz. *Princípios Constitucionais do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime e outros estudos.* Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1956. v. 2.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Inimputabilidade Penal:* adolescentes infratores: punir e (re) socializar- Recife : Nossa Livraria, 2004

PASCHOAL, Janaina Conceição*. Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.

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

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia da justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade.* 2. ed. Belo Horizonte: UFMG,1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Em busca das Penas Perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal.* 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.