

A expansão do Direito Penal, seus limites e as normas internacionais de direitos humanos que limitam a punição

Criminal law's expansion, its limits and international human rights standards that limit punishments

Isabelle Sotto-Mayor¹
Andréa Walmsley²

18

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a expansão do direito penal e o fenômeno da globalização em uma sociedade de riscos. E, com isso, o que se entende como bem jurídico e Direitos Humanos e como se relacionam com o poder punitivo estatal que limitam sua intervenção.

Palavras-chave: Direito Penal. Direitos Humanos. Bem jurídico.

Abstract: The present work aims to analyze the expansion of criminal law and the phenomenon of globalization in a risk society. And what is understood as protected legal interest and Human Rights and how they relate to the state's punitive power that limits its intervention.

Keywords: Criminal law. Human rights. Protected legal interest.

1 Introdução

Com o fenômeno da globalização, constata-se a existência de uma sociedade de riscos. A origem de normas penais no sistema jurídico vem da necessidade de proteger determinados bens, que se encontram sob tutela jurídica, com o objetivo de preservar a existência do indivíduo. No entanto, assentar esses bens e valores fundamentais da sociedade exige a compreensão dos valores humanos e sua efetivação no controle social.

¹ Aluna do PPGD em Mestrado pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Recife – PE. E-mail: isabelle.sotto10@gmail.com

² Mestra e Doutora em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas e Professora da Escola do Ministério Público da União. Procuradora da República. E-mail: andrea.carneiro@faculdedamas.edu.br

Recebido em 15/11/2023

Aprovado em 20/12/2023

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



O Direito Penal possui grande vínculo com a Constituição, em especial por ter a função de tutelar interesses e valores de relevo constitucional, cuja essência delimita a atuação criminal e os poderes públicos estatais, operando um duplo papel, tanto limitador, como protetivo das liberdades individuais.

A Constituição, estatuto político e lei maior de um Estado, representa uma primeira demonstração da política criminal, em torno da qual se estrutura a legislação penal. No panorama entre Constituição e Direito Penal, os princípios de direito penal constitucional incidem sobre o sistema penal ao traçarem os limites do poder punitivo do Estado.

Os bens jurídicos-penais supraindividuais rogam uma proteção que seja eficiente, mas também proporcional, e que seja exercida pela lei penal em face das condutas mais graves e que demonstrem risco ou lesão à subsistência do ser humano e da coletividade.

Sendo assim, uma vez que apareçam bens jurídicos a serem tutelados, os quais acompanham o desenvolvimento e as mudanças sociais, nasce a necessidade de que a tutela estatal seja eficiente à proteção dos direitos humanos resguardados.

Por conseguinte, é preciso conhecer esses bens jurídicos passíveis de prioridade de proteção da norma penal incriminadora, pois os referidos interesses a serem tutelados pelo Direito Penal devem ser somente aqueles considerados fundamentais à convivência harmônica e pacífica social, como tais, carecedores de proteção estatal.

Esta necessidade de proteção dos bens jurídicos decorre das funções essenciais do Estado Democrático de Direito, representa a base do sistema de penas e atua como sendo um limitador da intervenção estatal na vida particular do indivíduo.

Os Direitos Humanos atuam e contribuem diretamente com o sistema penal, tutelando a dignidade dos seres humanos, delegando responsabilidades aos Estados para a preservação da vida humana e dos direitos e garantias individuais e supraindividuais. Contribuem diretamente para um Direito Penal menos severo ao punir o indivíduo de maneira proporcional. Direito Penal e Direitos Humanos possuem a responsabilidade de sancionar aqueles que não respeitem as garantias fundamentais resguardadas pela legislação em vigor.

O Estado, investido de autorização e poder para intervir na vida privada, estabelece ordens e normas de conduta social direcionadas a todos e, utilizando-se da coercitividade que lhe é assegurada, aplica punições para o descumprimento de tais preceitos. Porém, não se pode relacionar que essa aplicação de sanção no particular esteja infringindo os Direitos Humanos de per si, pois é imperioso admitir que o exercício do poder-dever estatal de punir somente se

justifica quando se destina a tutelar criminalmente interesses, entendidos como bens jurídicos, essenciais à convivência social harmônica.

Com isso, a compreensão e a definição do bem jurídico é uma das maneiras de analisar o Direito Penal, ficando a intervenção estatal penal quando essencial ao bem da coletividade. O entendimento de bem jurídico assume uma importância primordial para analisar o conteúdo da tutela penal.

2 O sistema de controle social

A Constituição de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se aquela como o documento mais abrangente e pormenorizado jamais adotado em solo pátrio.

No caso, as relevantes transformações internas tiveram acentuada repercussão do plano internacional, provocando mudanças no próprio ordenamento jurídico do Estado brasileiro. Como se pode observar, essas transformações têm gerado um novo constitucionalismo, bem como uma abertura à internacionalização da proteção aos direitos humanos. De acordo com Flávia Piovesan:

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Dentre os referidos dispositivos, destaca-se quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo social. (PIOVESAN, 2010, p. 24).

Os Direitos Humanos são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os que vivem em sociedade, sua relação com o Estado, bem como as obrigações que o Estado tem em relação àqueles. Esta proteção vai além do amparo individual das pessoas, abrangendo a toda coletividade. Ainda visam garantir a dignidade e a integridade da pessoa, especialmente frente ao poder punitivo estatal e contribuem diretamente para um Direito Penal mais eficaz e menos extremo ao punir. Por outro lado, o Direito Penal complementa os Direitos Humanos, sendo assim o responsável por sancionar aqueles que infringem as garantias fundamentais de liberdade individual, sempre de acordo com a legislação em vigor. (UNICEF, 2015).

O ordenamento jurídico, representado pelo conjunto de leis e princípios, tem por finalidade colocar um mínimo de ordem nas relações humanas. O respeito aos Direitos Humanos é inerente ao sistema penal e é, naturalmente, benéfico à defesa e proteção de vítimas e violações.

De acordo com Luciano Lopes e Ticiane Franco (2021) “essa nova configuração social e a necessidade de proteção frente ao intervencionismo do Estado impõe a identificação do bem jurídico digno de proteção penal.”

O Direito Penal tem por finalidade a proteção de bens jurídicos de grande importância social. Atua como um sistema fiscalizador e controlador das relações humanas e busca diminuir os anseios que estão em constante mudança na sociedade, levando em consideração a complexidade e a dinâmica das pessoas.

Por conseguinte, uma vez que surgem novos bens jurídicos dignos de serem tutelados, os quais compreendem as mudanças sociais e o seu desenvolvimento, surge a necessidade da expansão de tal instrumento, com o intuito de que a tutela estatal seja efetiva à proteção dos direitos humanos resguardados. (MIGUEL, 2012).

Com os avanços tecnológicos e de comunicações, a sociedade pós-industrial passou a sofrer de uma enorme insegurança, já que atreladas a eles surgiram novas formas delituosas, realizadas por meios digitais.

O direito penal tem sofrido as influências perturbadoras das novas dinâmicas sociais trazidas pela globalização, particularmente com o compartilhamento de valores mundiais comunicados pelos direitos humanos e com a desorganização na forma de responder aos desafios. (BELTRAME, Priscila, 2015, p. 20).

A globalização é um fenômeno de oportunidades, mas também de incertezas.

Conforme o pensamento de Priscila, “não obstante, o Estado, como único órgão com monopólio do recurso à violência, deve estar preparado para contornar sua impotência diante dos desafios trazidos pelos novos riscos e a nova forma de organização das sociedades.” (BELTRAME, 2015, p. 21).

É certo que as pessoas identificam a questão de segurança pública em suas prioridades, ou seja, seria a garantia dada pelo Estado de uma convivência social isenta de ameaças de violência, permitindo a todos o pleno gozo de seus direitos assegurados pela Constituição.

Segundo Andrea Walmsley (2017, p. 196), “em contrapartida a esta mudança de características no espaço de convivência global, incrementou-se a complexidade das organizações criminosas, não mais restritas a país ou países determinados, mas agora com espaço de atuação global.”

Trata-se da chamada criminalidade moderna, a qual, possui uma estrutura complexa e organizada e atinge bens jurídicos transindividuais, como a natureza e a economia.

E mais, diante do desejo disseminado de maior proteção de uma série de outros direitos e interesses caros à sociedade atual, tais como meio ambiente, ordem econômica e outros com características de transindividualidade, verifica-se praticamente em todos os Estados a expansão do âmbito de regulação do direito penal. (WALMSLEY, Andrea, 2017, p. 196).

As novas tecnologias, aliadas ao desenvolvimento de diversas áreas de direitos humanos, traz novas situações que exigem maior proteção e segurança aos indivíduos. Resulta por deparar-se com riscos gerados pelo próprio desenvolvimento, lançando problemas antes desconhecidos.

Multiplicam-se os tipos penais de diferentes matizes e conformações, especialmente no âmbito da regulação da ordem econômica, notadamente complexa e plural. O incremento da tipificação, em nítido reforço a condutas já proibidas e sancionadas em outros ramos do ordenamento jurídico, vai ao encontro dos anseios populares no reforço à segurança diante da permanente sensação coletiva de insegurança e perigo pelo incremento das atividades de risco. (WALMSLEY, Andrea, 2017, p. 197).

A sociedade acaba por viver uma intensa fase de insegurança, clamando por maior rigidez de controle na esfera penal. O Direito penal deparou-se com novos dilemas, buscando em como situar a proteção estatal a estes novos riscos.

O reconhecimento da existência de uma sociedade de riscos, atuais e potenciais, requer do Estado uma nova concepção intervencionista, cuja expansão acaba por influenciar o Direito Penal Tradicional. Impõe-se a tutela de valores diversos daqueles até então protegidos. (LOPES; FRANCO, 2021).

Com essa ampliação do Direito Penal e a incorporação dos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro traz alguns questionamentos que não podem deixar de ser esclarecidos.

A criação de tipos penais econômicos (crimes), tipo estes que protegem bens transindividuais, representa ofensa à proteção dos direitos humanos? O que é bem jurídico e porque ele legitima a intervenção do Estado no indivíduo?

A resposta à pergunta formulada é negativa. Pois o direito penal econômico tem sua legitimidade extraída da proteção subsidiária e fragmentária de interesses sociais fundamentais supraindividuais.

No que diz respeito a uma nova estrutura conceitual, no qual o direito penal recebe influência, colabora com uma reflexão sobre os objetivos e limites do direito penal contemporâneo. Com isso, Priscila Beltrame argumenta que:

O direito penal, recurso com poder de gestão social que busca a manutenção da expectativa de cumprimento do pacto de convivência em sociedade, assentiria a

manifestação de conceitos humanistas e não puramente funcionais, burocráticas e desumanizadas que organizassem sua estrutura interna. (BELTRAME, Priscila, 2015, p. 52).

O Direito Penal desempenha um papel fundamental na sociedade, atuando como um instrumento de controle social e garantia de segurança jurídica, buscando sempre proteger os bens jurídicos e manter a ordem da coletividade.

Diante disso, as ideologias político atuais refletem na esfera penal, sendo capaz de trazer consigo a referência constitucional dos direitos fundamentais para o direito penal.

Os direitos humanos sempre esteve presente no sistema penal, influenciando seu desenvolvimento, especialmente inserido no modelo social personalista, que vislumbra a realização dos direitos da pessoa humana o fim a ser buscado socialmente, sendo o Estado um instrumento ao seu serviço. (BELTRAME, Priscila, 2015, p. 53).

Tanto o Estado como os direitos humanos, além das garantias fundamentais expostas na Constituição, asseguram direitos aos cidadãos. Ambos possuem a mesma essência e finalidade, que é compor um conjunto de leis inerentes à dignidade da pessoa humana. A Constituição não só elencou direitos fundamentais, mas também ditou ao Estado o caminho para tornar tais direitos efetivos.

Tal como presente na Constituição brasileira, o quadro axiológico lá consagrado informa a atuação dos poderes públicos na especial relação entre poder e direito, para que o direito penal, como subsistema do sistema de controle social, atue sempre que seu âmbito de proteção se revelar imprescindível à manutenção da ordem social. Desta forma, o direito penal, na esfera dos direitos humanos, na dimensão punitiva, atuará apenas de maneira subsidiária e fragmentária. (BECHARA, p. 122 e 123, *apud* BELTRAME, 2015, p. 53).

Isto é, o Direito Penal é a última etapa de proteção ao bem jurídico, ou seja, pode ser usado se os demais ramos do direito não forem suficientes para sua proteção. O princípio da fragmentariedade, considerado uma característica do próprio Direito Penal, significa que a criminalização das ações será endereçada apenas aos bens jurídicos de maior relevância e que sejam graves.

A fragmentariedade, portanto, exige que o Direito Penal escolha tutelar bens jurídicos que sejam significativos e essenciais ao desenvolvimento em sociedade, sendo a tutela penal destes bens jurídicos reservada para situações que efetivamente perturbem o convívio social. (VEIGA; BACH, 2014).

Diante disso, para se verificar a necessidade de intervenção penal surge a necessidade de analisar como elemento central o bem jurídico, ora considerado referência material do injusto penal, como também limite à atividade repressora do Estado.

O princípio da subsidiariedade, impõe ao Direito Penal que atue em *ultima ratio*, ou seja, somente quando outros meios formais não sejam idôneos para a resolução do conflito. O Direito Penal é a intervenção mais radical e gravosa na liberdade do indivíduo, sendo unicamente utilizado quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito.

De acordo com o pensamento dominante, o fim legítimo do direito penal reside na exclusiva proteção dos bens jurídicos dignos da tutela criminal, diante das condutas suscetíveis de lesioná-los ou colocá-los em perigo. Sendo, a partir daí, necessário apontar os critérios definidores de quais seriam estes bens que rogam tal categoria de proteção. (AZEVEDO, 2010, p. 48).

Sendo estes bens vitais e indispensáveis para a convivência em comunidade e que devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado mediante a pena criminal.

O conceito de bem jurídico nasce da polêmica sobre o conteúdo da tutela penal, que foi protagonizada por Birnbaum, ainda na primeira metade do século XIX. Por conseguinte, a paternidade do bem jurídico, em que pese este conceito ter sofrido ao longo da história da dogmática penal profundas mutações em sua substância, em um processo de marchas e contramarchas, é atribuída a Birnbaum. Primeiramente, pode-se ressaltar que a ideia de bem aponta para uma perspectiva objetiva: o bem se localiza no mundo exterior e, sendo um ente tem caráter concreto e objetivo. Como tal, é suscetível de violação. (BRANDÃO, 2019, p. 42).

Bem jurídico penalmente tutelado, é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, trata-se do valor ou interesse de alguém que é protegido por lei, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.

Para Birnbaum, somente os bens, e não os direitos, podem ser classificados como inatos e adquiridos; logo, somente eles poderão ser lesionados. Por sua vez, se o delito representa uma lesão, seu objeto de tutela não poderá ser o direito, mas somente o bem decorrente do direito. Isso posto, não se pode dizer que o crime, por exemplo, viola o direito à vida, mas somente se pode dizer que ele viola a vida, pois é esta última que será lesionada com a ação criminoso, traduzindo o objeto de tutela penal, isto é, o bem decorrente daquele direito. (BRANDÃO, 2019, p. 43)

Assim, o bem jurídico apresenta-se como um conceito essencial ao Direito Penal, consubstancial para a sua própria existência.

Contudo, há um certo conhecimento do que se entende por bem jurídico, e que se pode definir tal como uma elocução de um interesse, seja de uma comunidade ou pessoa, na proteção da integridade de um bem, estado ou objeto e que juridicamente pode ser reconhecido como valioso. (SILVA, 2013, p. 71).

O bem jurídico, tal qual, deve ser protegido pelo poder imperioso do Estado, sendo indispensável e essencial para se conviver em sociedade, implica um juízo positivo de valor em

torno de determinado objeto ou situação social e relevante para o desenvolvimento do ser humano.

A intervenção do Estado no indivíduo deve ser limitada devido a fragilidade do ser humano quando comparado ao ente estatal. O motivo de se estabelecer limites é de evitar o abuso e as arbitrariedades do Estado. A Constituição Federal, previu em seu texto uma série de princípios limitadores, resguardando-os como garantias do cidadão frente ao poder punitivo estatal, entre elas estão o princípio da intervenção mínima, a legalidade, a fragmentalidade, a irretroatividade da lei penal, da ofensividade, da humanidade, entre outros. (FLORENTINO, 2014).

Como atributo intrínseco da tarefa de colocar regras em condutas humanas que lesionem o equilíbrio social, que são subsequentes do descumprimento de norma previamente estabelecidas em lei, tem o Estado o monopólio da sanção penal. Somente o Estado tem o *Jus Puniendi*, ou seja, o título de punir alguém. O Direito Penal, detentor de função pública, e como ciência autônoma, resguarda a missão de proteger os valores fundamentais perante a sociedade, denominados bem jurídicos. Tal qual, somente o Estado, como expressão própria de sua soberania, tem o direito público de punir o indivíduo, como também de colocar-se acima de todas as relações e sujeitos e submeter juridicamente à sua prerrogativa de dizer o Direito.

Consoante já delineado, o Estado tem autorização influente para intervir no indivíduo, de maneira tão forte e invasiva, para que se resguarde o bem da coletividade e da ordem pública, constituindo manifestação da sua soberania.

A princípio, esse direito é abstrato, e apenas tem sua concretude quando é cometida uma conduta reprovada. O poder que o Estado detém, outrora genérico, se transfigura em uma pretensão individual, ou seja, somente é utilizada contra quem praticou o ato reprovável. Pode-se dizer que, com o ato da conduta humana, o direito abstrato de punir transforma-se em direito concreto de punir. O Estado, apenas poderá aplicar sanção ao violador da norma penal, após comprovação da sua responsabilidade.

Esta comprovação, num Estado de Direito, apenas ocorre depois de uma instauração processual e da sua devida decisão de um órgão investido de jurisdição, e conseqüentemente na aplicação de uma pena na esfera penal. (BATISTA, 2015).

Dessa forma, tem-se a necessidade de análise do ilícito como um todo, com base nos diversos ramos do direito, para que não se tenha de imediato a utilização do Direito Penal como primeiro instrumento para solução dos problemas sociais, ou seja, a aplicação penal deverá

apenas ser imposta ao indivíduo se se corrobora como único meio necessário à proteção do bem jurídico tutelado pelo Estado.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto acerca da intervenção penal na vida privada do indivíduo, o pensamento de bem jurídico coloca-se em primeiro lugar e se caracteriza como uma condição que legitima a tutela penal, visto que, o Direito Penal apenas pode utilizar-se da manutenção à ordem social quando for exclusivamente à proteção de um bem jurídico.

É por meio desta proteção ao bem jurídico, que o encargo do Direito Penal excede a defesa de condições meramente materiais à proteção de valores supraindividuais.

Pode-se concluir que o Direito Penal atua fragmentária e subsidiariamente nos Direitos Humanos, utilizando-se de sua força estatal apenas quando é violado o bem jurídico tutelado e resguardado pelo Estado. Este bem jurídico, portanto, constitui-se como limite e, simultaneamente, como fundamento para a intervenção penal.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo. Sistema penal e Violência. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**. Porto Alegre, volume 2 – número 1 – p. 45-63 – janeiro/junho 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7110/6045>. Acesso em: 19 de nov. 2023.

BATISTA, Danilo. **O direito de punir do Estado e os fundamentos da jurisdição penal**. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-direito-de-punir-do-estado-e-os-fundamentos-da-jurisdicao-penal/250543672>. Acesso em: 23 de nov. 2023.

BECHARA, Ana Elisa. “Derechos humanos y limites(...)”, op.cit., pp 122 e 123 apud BELTRAME, Priscila. 2015. (Dissertação de Doutorado em São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) São Paulo. **Tutela Penal dos Direitos Humanos e o Expansionismo Punitivo**. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11082015-143100/publico/priscilaakemibeltrame.pdf>. Acesso em: 17 de nov. de 2023.

BELTRAME, Priscila. 2015. (Dissertação de Doutorado em São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) São Paulo. **Tutela Penal dos Direitos Humanos e o Expansionismo Punitivo**. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11082015-143100/publico/priscilaakemibeltrame.pdf>. Acesso em: 17 de nov. de 2023.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime** – Coleção: Ciência Criminal Contemporânea – 5 ed. Vol. 1. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2019.

FLORENTINO, Bruno. **Direito Penal e os princípios limitadores do poder punitivo estatal**. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-penal-e-os-principios-limitadores-do-poder-punitivo-estatal/182481445>. Acesso em: 22 de nov. de 2023.

LOPES, Luciano, FRANCO, Ticiane. **Administrativização do direito penal econômico**. Minas Gerais, 2021. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2021/01/ADMINISTRATIVIZACAO-DO-DIREITO-PENAL-ECONOMICO.pdf>. Acesso em: 22 de nov. de 2023.

MIGUEL, Érika. **A expansão do direito penal**, 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-expansao-do-direito-penal/111577115>. Acesso em: 20 de nov. de 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** - 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ivan Luiz. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50. Número 197, jan./mar. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf. Acesso em: 20 de nov. 2023.

UNICEF. **O que são direitos humanos**, 2015. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos#:~:text=Os%20direitos%20humanos%20são%20normas,tem%20em%20relação%20a%20eles>. Acesso em: 21 de nov. de 2023.

VEIGA, D. R. de C., & BACH, M. (2014). **FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**. *Caderno PAIC*, 15(1), 425–443. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/view/73>. Acesso em: 24 de nov. 2023

WALMSLEY, Andréa; Carneiro, Soares. A especial técnica de estruturação dos tipos de delitos econômicos, 2017. Disponível em: **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**. Recife, vol. 9, número 18, mai-ago. 2017. <https://www.revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/611>. Acesso em: 15 de nov. de 2023.