ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

A VIOLAÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA PELO EXPANSIONISMO PENAL

THE VIOLATION OF HUMAN PERSONALITY BY CRIMINAL EXPANSIONISM

Gerson Faustino Rosa *

RESUMO: O presente trabalho tem como metas a análise crítica e a exploração de um grande problema político-criminal da atualidade, qual seja, a expansão do direito penal, decorrente da atividade desenfreada do Poder Legislativo, que produz leis penais para tutelar bens jurídicos outros, passíveis de proteção por outras esferas do direito, ampliando demais o alcance da ciência penal, vulgarizando todo o sistema penal em razão de seu uso indiscriminado, além de violar os direitos da personalidade humana, uma vez que o direito penal afronta e restringe frontalmente a liberdade do "homem". Para tanto, este estudo trata da relação existente entre a política criminal e a dogmática penal, dentro das ciências penais. Posteriormente, destacam-se os princípios político-criminais, que devem dirigir e limitar o trabalho do legislador na esfera penal. Adiante, apresenta-se a modernização do direito penal, trazendo à luz a posição favorável ao movimento expansionista "liderado" por Luis Gracia Martín, expondo também as ideias de Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz e Jesús-María Silva Sanchez. Conclui-se, nessa esteira, que essa ampliação do direito criminal não pode valer-se da força comunicativa dessa esfera para a imposição de penas privativas de liberdade a fim de abarcar questões de outros ramos do direito, pois a expansão do direito punitivo carece de razoabilidade político-jurídica, além de afrontar os direitos da personalidade humana.
Palavras-chave: Política criminal. Dogmática penal. Expansionismo penal. Pena privativa de liberdade. Direitos da personalidade.

ABSTRACT: This work aims the critical analysis and exploration of a major criminal-political problem of our time, the expansion of criminal law, resulting from unbridled activity of the legislative power, which produces criminal laws to protect legal interests that might be protected by other spheres of law, greatly expanding the scope of Criminal Science, vulgarizing the entire criminal justice system because of their indiscriminate use, in addition the expansion of criminal law violates the rights of the human personality,

* Mestrando em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá/PR – UNICESUMAR. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho – UGF/RJ. Professor de Direito Penal na União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo – UNIESP de Presidente Prudente/SP. Maringá – Paraná – Brasil.

once the criminal law affronts and restricts the freedom of the "man". For that, this study adds the relationship between criminal politics and criminal dogmatic, in the Penal Sciences. Subsequently, we highlight the political criminal principles, that direct and limit the legislator's work in criminal cases. Further, we present the criminal law modernization, bringing to light the favorable position to the expansionist movement "led" by Luis Gracia Martín, also we explain Winfried Hassemer's, Cornelius Prittwitz's and Jesús María Silva-Sanchez's ideas. We conclude that the extension of the criminal law can not avail its communicative power to the imposition of custodial sentences in order to cover issues of other law branches, because the expansion of the Punitive Law needs political-legal reasonability, and in addition to affront the rights of human personality.
Keywords: Criminal Political. Criminal Dogmatic. Criminal Expansionism. Custodial Sentence. Personality Rights.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A POLÍTICA CRIMINAL E A DOGMÁTICA PENAL; 3 PRINCÍPIOS POLÍTICO-CRIMINAIS; 4 EXPANSIONISMO PENAL; 4.1 DO MOVIMENTO PRÓ-EXPANSIONISTA DO DIREITO PENAL; 4.2 DO MOVIMENTO CONTRÁRIO À MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO DE INTERVENÇÃO; **4.2.1 A proposta de um direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez**; **5 A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM UM NOVO E ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL EM DECORRÊNCIA DO EXPANSIONISMO PENAL;** 5.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE; 5.2 DO ALCANCE E DA TUTELA LEGAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE; 5.3 DA TUTELA DA LIBERDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE; **6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

Diante da impossibilidade de "retorno" ou reconstrução de um modelo do assim chamado direito penal liberal, ou "moderno", cujos traços fundamentais foram construídos pelo movimento da ilustração em fins do século XVIII e princípio do século XIX, rompendo com os postulados do *Ancien Régime*, e da constatação de uma progressiva expansão do direito penal da pós-modernidade, característico de uma sociedade de risco, há quem advogue pela volta de um direito centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia, paralelamente a um direito de consequências atenuadas

e garantias flexibilizadas, em face da necessidade de célere resposta estatal a delitos contra bens jurídicos difusos (meio ambiente, saúde pública, direitos do consumidor etc.).

A intenção que rege tal proposta é, indubitavelmente, recuperar sua configuração como um direito estrito de garantias do cidadão, diante da intervenção repressiva do Estado, em que a grandeza da resposta penal é compensada por um instrumental de regras garantidoras da liberdade do homem face ao poder punitivo do Estado, legitimado e limitado tanto pelo conteúdo do *ius poenale* quanto pelo exercício do *ius puniendi*. Garantir-se-ia, com isso, uma dinâmica na atividade administrativa jurisdicional do Estado ao responder de forma pronta a violações de bens jurídicos difusos, de modo que a inexistência de sanções tradicionais, como a pena de prisão, cuja falência já se observa há tempos, permitiria uma flexibilização ou atrofia dos mecanismos garantistas de ordem material e processual, em prol de uma celeridade reclamada.

Esse direito penal, porém, cuja denominação de liberal relaciona-se às características essenciais do movimento de superação do autoritarismo medieval e que pretendem alguns reconstruir agora, nunca existiu como tal. Impossível, portanto, é sua volta. Isso porque, mesmo que a hipótese da concretude do modelo seja aceita, tal reconstrução ignora a presença de determinadas características históricas observadas no ambiente europeu que desencadeou o Iluminismo, estruturado ante uma rígida proteção do Estado, assim como de certos princípios de organização social incompatíveis com a realidade da sociedade "pós-moderna", pois o incremento das relações de risco fomenta um funcionalismo penal que ultrapassa as necessidades constantes naquele período da história. Qualquer tentativa nesse sentido apresentar-se-ia como anacrônica, inadequada, portanto, em face da missão atual do direito penal.

Por outro lado, a rigidez das garantias formais que nele (direito penal clássico) era possível observar não representava senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis. A ineficácia da pena de prisão constatada na atualidade, observada, aliás, como ilegítima por funcionar, antes de ressocializadora, como verdadeiro fator criminógeno, por tratar-se

de meio artificial e antinatural, impõe uma mudança de paradigma. Clama-se por respostas penais frente a essa sociedade de risco, característica da pós-modernidade, permeada pelo medo e insegurança, a demandar um incremento punitivo, como meio protetor da "paz social e ordem pública".

Nesse sentido, a insegurança experimentada pela população, mesmo que de forma mais comunicacional do que real, porque percebida na integralidade do cotidiano do cidadão, fomenta, para além do fenômeno da expansão do direito penal, a criminalização de novos comportamentos outrora indiferentes, bem como a criação e desenvolvimento de respostas de natureza preventiva, que, uma vez aplicadas de forma célere, parecem tornar legítimo o modelo de Estado protetor.

O fenômeno da violência difundida, da cultura do medo na sociedade da pós-modernidade, temido no Brasil a partir de determinados acontecimentos de ordem política, como que criadores de riscos à vida e liberdades da coletividade, mantém um constante e presente estado de alarme ante a presença de potenciais "inimigos". Esse fenômeno, pelo estado de angústia que gera no cidadão, faz surgir uma demanda por políticas criminais duras. De outra banda, autores como Hassemer (1993), representante da Escola de Frankfurt, propugnam – sem chegar a uma radical redução do direito penal à proteção da vida, saúde, liberdade e patrimônio – que a maior parte do fenômeno expansivo do direito penal teria de ser reconduzida a um direito de intervenção, direito administrativo sancionador ou, ainda, direito judicial sancionador, defendendo a elaboração de um "novo ramo" do direito, situado entre os direitos penal e administrativo, apto a tutelar situações não consideradas de *ultima ratio*, mas que dependam de uma tutela, ainda que menos rigorosa, porém eficiente.

Vê-se nessa mudança de paradigma a presença de mecanismos de respostas penais identificados em alguns discursos penais e criminológicos, que durante a história da humanidade mantiveram-se como mecanismos de reação frente aos perigos da criminalidade grave, justificando-se, na atualidade, por alguns fatores, como o incremento comunicacional, construídos a partir de fenômenos sociais mais amplos da sociedade, em especial aqueles que o campo jornalístico cria como esferas do sistema de justiça,

amplamente cristalizados no modelo social contemporâneo. Isso faz com que, paralelamente ao modelo de garantias penais e processuais penais, se crie outro, de duvidosas garantias em face da não gravidade ou aparente sutileza de suas respostas, mas que, uma vez estruturado, pode irradiar-se pelo sistema, mormente ante comportamentos perigosos, dinamizando a eficácia de medidas de cunho preventivo, sem maiores perquirições de seus requisitos ou garantias construídos mediante o pagamento de duras penas pela humanidade. Justifica-se o famigerado modelo prevencionista ante uma necessária defesa da sociedade.

O grande problema que se apresenta, como se pôde observar por essa breve explanação, decorre do fato de que o direito penal vigente na maioria dos países propicia a cominação de penas de prisão de gravidade média em hipóteses de fatos "administrativizados", com regras de imputação e de rigidez decrescentes e no campo de princípios político-criminais flexibilizados, tendenciando, outrossim, o prosseguimento nessa linha, em termos corrigidos e aumentados. Por outro lado, essa verificada flexibilização pode tomar proporções incontroláveis, de maneira que os fins a ser alcançados justificariam determinadas medidas de cunho prevencionista, aplicadas à revelia de institutos garantidores do cidadão face ao poder punitivo do Estado, descambando para um arbitrário "direito penal de política criminal", "administrativizado" pela oportunidade e conveniência que exsurge da demanda social, e violando frontal e gravemente os direitos da personalidade do cidadão.

Nessa seara, admitir-se-ia que propor a "devolução" ao direito administrativo de todo o "novo" direito penal é, certamente, uma postura admirável sob perspectivas acadêmicas, mas evita afrontar as razões pelas quais se produziu essa inflação penal, assim como buscar soluções que, uma vez atendidas, mostrem a máxima racionalidade possível. Ademais, deve-se priorizar o convívio pacífico do Estado liberal em que se vive, respeitando sempre a liberdade, a intimidade, as convicções individuais e as diferenças de cada um, em seu "eu". Nesse sentido, impõe-se averiguar, sob a égide do modelo democrático em que nos inserimos, se tais mecanismos são eficazes no controle dos índices de criminalidade de um determinado povo em dado

momento histórico e, além disso, se são compatíveis com esse modelo eleito, visto que se constata que a cultura do medo tem gerado uma manifestação social que demanda "um controle jurídico-penal cada vez mais arbitrário, e paradoxalmente, mais legítimo".

Diante desse quadro de fatos, far-se-ão breves digressões sobre a constatação narrada, apresentando, na medida do possível, algumas possíveis soluções político-criminais aceitas como razoáveis numa perspectiva ao menos acadêmica, explanando, ainda, acerca das vantagens e desvantagens que trazem em seu bojo. Propor-se-á, assim, uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade quanto à expansão do direito penal e suas novas modalidades de respostas em face dos direitos da personalidade. Para tanto, desenvolver-se-á breve pesquisa, orientada pelo método dedutivo, por meio de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias, literaturas e documentos.

2 A POLÍTICA CRIMINAL E A DOGMÁTICA PENAL

Legado da escola moderna alemã, o gênio de Von Liszt (2003) ampliou os horizontes da ciência do direito penal ante uma nova e complexa estrutura, resultante da fusão de disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas, compondo a *gesamte Strafrechtswissenschaft* – ciência total do direito penal (PRADO, 2002). Essa visão totalizante e interdisciplinar possibilitou ao estudioso uma visão mais ampla e, ao mesmo tempo, profunda dos fenômenos criminais, a partir de elementos centrais da ideia do direito como fenômeno observável: o homem e a sociedade.

Do estudo das ciências penais a partir daquela heterogeneidade reclamada por Von Liszt (2003), têm-se a política criminal, a dogmática penal e a criminologia[1], todas com autonomia científica, porém interligadas entre si, por uma relação de interdependência prática, como integrantes de monumental mecanismo científico apto a revelar, mesmo que por meios

1 A criminologia constitui ciência empírica que, com base em dados e demonstrações fáticas, busca uma explicação causal do delito como obra de uma pessoa determinada (ESTEFAM, 2010).

tangenciais da verdade científica, as características e possíveis rumos do direito penal da "pós-modernidade". Enquanto a dogmática penal ocupa-se da interpretação, sistematização e desenvolvimento dos dispositivos legais e das opiniões científicas no âmbito do direito penal (ROXIN, 2002a), a política criminal corresponde à que deve ser implementada no combate à criminalidade, sendo, portanto, o aspecto do controle penal relacionado com o poder do Estado de definir um conflito social como criminal (MALARÉE; RAMÍREZ, 2006).

De uma perspectiva crítica, leciona Alessandro Baratta (1999, p. 180) que, "no microcosmo social, o mecanismo de marginalização posto em ação pelos órgãos institucionais é integrado e reforçado por processos de reação, que intervêm ao nível informal", isto é, no nível dos mecanismos informais de combate à criminalidade (escola, família, igreja etc.). Nesse sentido, para o desenvolvimento de mecanismos efetivos de controle e prevenção, não basta a formação jurídica tradicional, formal, que vê no crime a mera violação da lei penal, devendo-se buscar também o auxílio de outras ciências sociais, dentro de um contexto interdisciplinar, para compreender de forma adequada a etiologia do fenômeno criminal, que, nesse contexto, adquire um importante sentido material: crime, portanto, não é a violação da lei estatal, mas o fenômeno que ganha transcendência a partir do momento em que incomoda a sociedade e abala bens fundamentais para a sua existência.

Observa-se que a política criminal, por sua vez, concebida como o conjunto de medidas adotadas pelo poder público – no âmbito de sua tríplice atividade[2] –, impulsiona a dogmática penal, tendenciando-a, pois ela precisa ser sensível aos anseios e perspectivas sociais, refletindo-se na realidade normativa, ou seja, no conteúdo da dogmática penal. Assim, Von Liszt (2003) sistematizou e preocupou-se com os limites da política criminal, afirmando ser o direito penal sua barreira intransponível, uma vez que é a estrutura essencial deste, como instrumento formal de controle social,

2 Como bem dispõe Mirelle Delmas-Marty (2004, p. 3-4), a política criminal compreende "o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social".

diga-se, o mais formalizado de todos, protegendo o cidadão de surpresas e arbítrios do Estado.

Nota-se, com isso, que a política criminal é a ciência destinada à orientação do direito penal (dogmática penal), a quem incumbe "filtrar" as tendências político-criminais, criar, reformar e extinguir as normas penais, limitando tais tendências (princípio da legalidade), a fim de evitar arbitrariedades por parte do Estado. Destaca-se, no entanto, o caráter autônomo e construtivo da política criminal, posto que, além de ser uma ciência autônoma, constrói, reforma e orienta o direito penal, sugerindo as devidas correções às suas imperfeições, bem como interferindo na interpretação e aplicação das normas penais, antecedendo a atividade do legislador[3].

Na atualidade, Claus Roxin (2002a), contrariando as lições de Von Liszt (2003), nega a existência de qualquer "barreira" entre a política criminal e a dogmática penal e defende a construção de um sistema com uma política criminal que adentra livremente a dogmática penal. Não significa, com isso, que elas não sejam autônomas, mas, sim, que interagem sinergicamente, colaborando para a construção de um sistema penal permeável às exigências e tendências político-criminais. Deixa-se, portanto, o sistema causalista de Franz Von Liszt (2003), para adotar o sistema funcionalista de Claus Roxin (2002a), que tem como prioridade a estabilidade do sistema jurídico-penal, o qual deve, sobretudo, funcionar perfeitamente, sem embaraços.

A única "barreira" proposta por Roxin (2002a) paira na aplicação dos princípios constitucionais, refletindo o Estado Democrático de Direito, ou seja, o espelhamento do plano ontológico (plano do ser). Assim, somente as diretrizes político-criminais harmonizadas com os valores constitucionais poderão ingressar no direito penal. Dito de outra forma, a política criminal somente poderá transpor a "barreira" da dogmática penal quando estiver em consonância com o estabelecido nos valores constitucionais[4].

3 Enrique Bacigalupo (1999) destaca que os postulados da política criminal servem, então, como critérios de decisão a respeito dos sistemas dogmáticos para aplicação do direito penal, de maneira que a política e a dogmática penal integram-se de modo indissolúvel na ciência penal.

4 Para um estudo minucioso, ver Roxin (2002b).

Como se pode observar, o assim chamado sistema aberto de orientação teleológica (SILVA SÁNCHEZ apud PRADO, 2002) passa a definir o sistema penal a partir de critérios teleológicos ou finalísticos decorrentes de decisões político-criminais. Trata-se de um sistema penal **teleologicamente orientado** (PRADO, 2002). O sistema passa a ser construído ante uma sistematização jurídico-penal, tendo como fundo as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena (PRADO, 2002). Esse novo paradigma pode dar origem a diversas respostas de índole penal que satisfaçam as finalidades da pena, entre as quais, as de natureza preventiva geral e especial.

3 PRINCÍPIOS POLÍTICO-CRIMINAIS

À luz da exposição feita por Beccaria (2006, p. 33), em 1764, em seu breviário de política criminal *Dos delitos e das penas*, trar-se-á um breve relato acerca do enunciado dos princípios da política criminal, conforme segue, tendo em vista que, ignorando-os, produzir-se-ia um não direito:

> a) Princípio da Legalidade dos Delitos e das Penas: trata-se de uma das maiores conquistas da humanidade, iniciada formalmente em 1628, quando a elaboração de uma petição de direitos (*Petition of Rights*), lançou a semente da revolução inglesa, contribuindo para a proibição de prisões ilegais. Tal princípio, nos dias atuais, traduz-se na previsão legal de que 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal' (Art. 5º, XXXIX, CRFB/88 e Art. 1º, CP).[5]

O princípio da legalidade dá lugar a uma série de garantias e consequências em que se manifesta o seu aspecto material – não simplesmente formal –, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Daí ser traduzido no sintético apotegma *nullum crimen, nulla poena*

5 Assim, enuncia Beccaria (2006) que apenas as leis podem fixar penas com relação aos delitos praticados e essa autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade agrupada por um contrato social (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

sine lege praevia, scrita et stricta, que cumpre funções reciprocamente condicionadas, quais sejam: limitações das fontes formais do direito penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão (PRADO, 2002). Faz-se também, segundo Ferrajoli (1995), distinção entre a mera legalidade, que tem na lei condição indispensável do delito e da pena (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), e o postulado da estrita legalidade, como modelo regulativo que exige as demais garantias como fundamento da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*).

Princípio da proporcionalidade: para Beccaria (2006), as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes. Para Montesquieu (1996), a proporcionalidade entre uma pena e o delito é a forma de impedir o excesso, isto é, que a pena seja uma violência do homem para com o homem. Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelece em seu art. 12: "A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito". Deve, entretanto, existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta (PRADO, 2002).

Princípio da intervenção mínima: a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*, e, preferencialmente, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia, posto que o uso excessivo da sanção penal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens, mas, ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa (PRADO, 2002), corroborando, assim, com o que é defendido no presente trabalho, uma vez que se busca uma solução, ou ao menos uma atenuação, para o desenfreamento do Poder Legislativo, em especial, na esfera criminal, o que acarreta consequências na esfera individual dos cidadãos, especialmente em seus direitos.

Princípio da culpabilidade: postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida de culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade. Até a Idade Média, notava-se a existência do princípio canônico *versare in re illicita*, segundo o qual se imputava o ato criminoso ao agente pelo simples fato de ter ele agido voluntariamente, ainda que não houvesse dolo ou culpa (CEREZO MIR, 1994). Hodiernamente, porém, o princípio da culpabilidade possui três dimensões: a) proibição da responsabilidade penal sem dolo ou culpa; b) vedação de aplicação da pena sem culpabilidade; e c) proporcionalidade da gravidade da pena à gravidade do fato cometido (LUISI, 2003).

Princípio da humanidade na execução de penas: a ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do direito penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (por exemplo, multas, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana). Em um Estado Democrático de Direito, veda-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana, conforme se abstrai da proibição constitucional constante no art. 5º, XLV a XLIX, da Carta Constitucional Brasileira[6].

Princípio da lesividade: não se pode admitir a incriminação de condutas puramente subjetivas, isto é, aquelas que não lesionam bens alheios. Se a ação ou omissão for meramente pecaminosa ou imoral, não apresentará a necessária lesividade que legitima a intervenção do direito penal (ESTEFAM, 2010). Por conta desse princípio, não se pune a autolesão,

6 "XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84; XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (BRASIL, 1988).

salvo quando se projeta a prejudicar terceiros, como nos casos do art. 171, § 2º, V, do Código Penal (autolesão para fraudar seguro), da tentativa de suicídio (o nosso Código Penal pune somente a participação em suicídio alheio – art. 122), o uso pretérito de droga etc. Para Roxin (apud PEÑA et al., 2008), a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos limites do Estado Democrático de Direito, o qual também deve proteger concepções discrepantes entre as minorias. Dessa forma, condutas que alberguem comportamentos puramente antiéticos, imorais ou pecaminosos, por serem incompatíveis com o modelo de Estado atual e violarem a dignidade da pessoa humana, são absolutamente inconstitucionais.

4 EXPANSIONISMO PENAL

Já não se encontra o Estado autoritário que quer assegurar seu poder (como é uma das tradições em matéria penal); nas raízes programáticas, encontra-se um grupo de fatores, que são os seguintes: a) o desenvolvimento tecnológico e as ciências naturais, que, como seus riscos específicos, parece exigir uma reação estatal; b) novos agentes criminais, que querem utilizar o direito penal para novos propósitos – muitas vezes bastante sedutores –, tais como: proteger o meio ambiente contra a sociedade, proteger as mulheres e as crianças contra os homens; c) mencione-se, ainda, o mito da dirigibilidade por meio do direito e, particularmente, do direito penal – denominado mito porque essa ideia (plausível) mostrou-se surpreendentemente resistente a argumentos empíricos. Todos esses fatores devem ser avaliados no contexto de uma percepção: a de que as liberdades dos cidadãos são ameaçadas, cada dia menos, pelo Estado e cada vez mais por seus próprios concidadãos (PRITTWITZ, 2009).

Essa expansão do direito penal, aliada a demandas crescentes de segurança, vem seguida de ajustes do direito que, do ponto de vista preventivo, parecem plausíveis ou até mesmo indispensáveis, mas que, sob a perspectiva do direito penal, podem ser resumidos a deformações do perfil garantista do direito penal que não se limitam, porém, às suas novas divisões, porém

ameaçam infectá-lo como um todo. Essa análise não se torna mais otimista quando se dá conta do punitivismo atual, avesso a explicações e, às vezes, à própria culpa individual. Essa epidemia penalizante acaba por contaminar todo o sistema penal, chegando a proporções inimagináveis na deformação do Estado outrora antropologicamente amigo, ao respeitar a dignidade da pessoa humana e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade (CANOTILHO, 1991).

Vê-se que esse novo Estado é caracterizado, perfeitamente, pela noção de direito penal do inimigo, uma vez que, fora dos círculos de debates e das batalhas eleitorais, esse programa não é, explícita ou ostensivamente, apresentado ou defendido, mas já é a realidade do direito penal. Dessa forma, trava-se, segundo Prittwitz (2009), intenso debate entre alguns penalistas que polemicamente inscrevem-se como os que querem modernizar o direito penal, destruindo-o, e os que persistem, até com certa "ingenuidade" – e às vezes até com fundamentalismo –, na ideia de um direito penal garantista, perdendo, assim, qualquer influxo ante a realidade política e social.

4.1 DO MOVIMENTO PRÓ-EXPANSIONISTA DO DIREITO PENAL

Luis Gracia Martín (2003), em sua obra sobre a expansão do direito penal, defende a modernização do direito criminal, dispondo que há, nos dias atuais, um incremento quantitativo de tipos penais, em razão de que o direito penal vê crescer e aumentar, formalmente, o número de delitos ou, ao menos, a imposição de penas com maior rigor e restrição de direitos fundamentais em prol da coletividade. Assim sendo, o autor disserta que, atualmente, há duas espécies de direito penal:

> **a) direito penal clássico:** inerente a um Estado liberal, prevê princípios penais e processuais penais de forma garantista, tutelando bens jurídicos individuais, como a vida, o patrimônio, a honra etc. É, portanto, o direito penal em sentido estrito, aplicador da pena privativa de liberdade, com penas intimamente vinculadas ao ser da pessoa e não ao ter ou ao estar. Trata-se do direito penal nuclear;

> **b) direito penal moderno:** próprio de um Estado Social Democrático, protetor de bens jurídicos individuais, coletivos e transindividuais, como a economia, o meio ambiente, o patrimônio genético, entre outros, os quais se situam ao redor do núcleo do direito penal (direito penal clássico). Diante disso, há uma "pró-expansão" do direito penal, uma modernização, ou seja, uma ampliação do seu alcance para fora do núcleo rígido, passando a salvaguardar outros bens jurídicos localizados ao seu redor.

No Brasil, a modernização do direito penal deu-se por meio da legislação penal especial, com a criação de estatutos como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei Antidrogas, a Lei de Biossegurança, a Lei de Crimes Ambientais etc., o que nos mantém, ainda, dentro da seara penal.

Questiona-se, então, se este seria o melhor caminho, pois dificulta, e muito, para o aplicador do direito, em especial, do direito penal, que deve estar a par de todos esses microssistemas, bem como dessa grande multiplicidade de crimes esparsos em toda a legislação extravagante, em sua maioria, incompatíveis entre si. Um bom exemplo é a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), que traz em seu bojo nada menos do que 40 tipos penais (arts. 29 a 69-A). Diante desse grande número de delitos e da dificuldade na aplicação do direito, tem-se como consequência a marginalização do direito penal, que, em razão de sua constante infringência sem a devida repressão, estabelece no meio social uma sensação de impunidade, de insegurança jurídica, tirando toda a sua credibilidade, passando a ser apenas simbólico.

4.2 DO MOVIMENTO CONTRÁRIO À MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO DE INTERVENÇÃO

A realidade da modernização do direito penal é muito criticada, tendo sido as principais objeções formuladas de maneira proeminente na Escola de Frankfurt, na Alemanha, cujos expoentes foram Winfried Hassemer (1993), Cornelius Prittwitz (2009), entre outros autores, entendendo que a utilização indiscriminada do poder comunicativo do direito penal e das penas privativas de liberdade, além de desproporcional e desnecessária, vulgariza, dia após dia, o *status* adquirido pela esfera penal, cabível somente nos casos em que os demais ramos do direito forem insuficientes, sendo esta a *ultima ratio*, utilizável apenas na proteção de bens jurídicos essenciais.

Para Hassemer (apud PRITTWITZ, 2009), são colocados em risco os fundamentos do direito penal garantista quando este é utilizado para resolver os problemas sociais. Assim, o direito de intervenção surge como uma alternativa possível para o problema, isto é, um direito que seria mais flexível e adequado para resolver os problemas específicos das sociedades modernas, sendo algo entre os direitos penal e administrativo, mas também algo entre os direitos penal e civil, e, finalmente, caracterizado por um menor número de garantias e de normativas processuais, acompanhado de uma menor gravidade das sanções.

Verifica-se, então, que Hassemer (1993) propõe a elaboração de um novo ramo da ciência jurídica, situado entre os direitos público e privado, com sanções próprias – como, por exemplo, a reparação do dano –, com a possibilidade de responsabilização dos entes coletivos e a relativização dos institutos e garantias do direito penal. Tem-se então, como consequência, uma "administrativização" do direito penal, restando ao núcleo criminal somente a proteção dos bens jurídicos individuais e alguns poucos coletivos, quando possível sua harmonização com o sistema penal (clássico). Como exemplo aproximado do direito de intervenção no Brasil, há o Juizado Especial Criminal (JECrim), no qual se aplicam, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, penas restritivas de direitos, a realização de transações penais, suspensão do processo etc.

4.2.1 A proposta de um direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez

Contrapondo-se à modernização do direito penal defendida por Luis Gracia Martín (2003), Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 147) critica a imposição de penas privativas de liberdade para tutela de bens jurídicos coletivos, dispondo que "a ausência de penas corporais permitiria flexibilizar o modelo de imputação", motivo pelo qual propõe um direito penal de duas velocidades:

a) direito penal de 1ª velocidade: tem-se o núcleo do direito criminal, ou seja, o direito penal clássico tutela bens jurídicos individuais e se atendem todas as garantias penais e processuais inerentes a um Estado de Direito. Há aqui, verdadeiramente, o direito penal, aplicador das penas privativas de liberdade. Observa-se que se tem um direito de aplicabilidade prática relativamente "lenta", em razão da necessidade de assegurar aos acusados o devido processo legal por completo;

b) direito penal de 2ª velocidade: por sua vez, o autor advoga pela criação de um direito penal de 2ª velocidade, moderno, para tutelar novos bens jurídicos, sobretudo os de caráter coletivo, difuso e transindividual, flexibilizando, com isso, as garantias penais e processuais asseguradas pelo direito penal tradicional, posto que, nesta segunda velocidade, não são admitidas penas privativas de liberdade. Trata-se de uma ideia que se aproxima do direito penal moderno explanado por Luis Gracia Martín (2003). Tem-se, com isso, uma maior celeridade na aplicabilidade processual do direito penal, uma vez que as garantias processuais do acusado são restringidas.

Em suma, defende-se aqui a aplicação do direito penal em duas vertentes (velocidades), sendo uma punida com penas privativas de liberdade (direito penal nuclear, mínimo e rígido), porém atendendo a todas as garantias processuais constitucionalmente asseguradas, e outra com penas de caráter cível e administrativo, porém, nesta, ter-se-á a relativização das garantias penais e processuais penais, tornando a resposta penal mais rápida – direito penal amplo e flexível (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Silva Sánchez (2002) observa ainda que, para que o direito penal de 2ª velocidade seja eficiente, apesar da aplicabilidade de penas de caráter não

corporal, necessário seria que suas sanções fossem impostas por meio da instância judicial penal, preservando os elementos de estigmatização social e a capacidade simbólico-comunicativa própria do direito penal.

Saliente-se, por derradeiro, que Silva Sánchez (2002) defende a existência de um direito penal de 3ª velocidade, advindo da ideia cunhada por Günther Jakobs (2003), qual seja, o **direito penal do inimigo**, quando trata acerca da possibilidade de punir atos preparatórios da conduta delitiva. Nessa linha, Jakobs (2003) constrói sua teoria justamente para os Estados Democráticos de Direito, considerando "inimigo" todo aquele que rejeita, não reconhece e não participa do sistema normativo e da ordem social vigentes, colocando-se à margem. Por tais motivos, as garantias, as sanções, os institutos clássicos conquistados pela humanidade não o alcançam, pois o inimigo não cumpre o "contrato social" (ROUSSEAU, 2001). Tais sujeitos não oferecem nenhuma segurança cognitiva, pois não conseguem assimilar a norma e a ordem; por isso, para eles não há direito, mas, sim, uma legislação de luta, de combate, que no fundo traduz-se em um "não direito", de pura coação, com escopo unicamente de neutralizar o indivíduo, oferecendo-lhe respostas diferenciadas para recuperar e preservar o sistema normativo por ele ferido e rejeitado.

Dessa forma, ter-se-iam dois direitos penais: um para o cidadão – cindido em direito penal de 1ª e de 2ª velocidade – e outro para o inimigo – direito penal de 3ª velocidade. Apesar de sólida, sedutora e muito bem fundamentada a tese de Günther Jakobs (2003), alguns questionamentos ainda estão sem a devida resposta, tais como: quem é o inimigo? A quem compete rotular o inimigo? Quando nasce tal rótulo? No inquérito policial, no processo ou já nasce com o indivíduo? Ademais, não é possível rotular indivíduos em um Estado Democrático de Direito como "não pessoa", posto que a dignidade da pessoa humana é essência do homem, ao passo que, admitindo algo assim, se estaria relativizando toda a ordem constitucional.

5 A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM UM NOVO E ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL EM DECORRÊNCIA DO EXPANSIONISMO PENAL

5.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE

Tendo em vista a personalidade humana resumir-se no conjunto de caracteres do próprio indivíduo, na parte intrínseca da pessoa humana, deve ser tida como um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade (SZNIAWSKI, 1993). Assim, a proteção jurídica dos direitos da personalidade é de natureza constitucional, civil e penal. A Constituição prevê, em seu art. 3º, I, que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. Dispõe ainda, em seu art. 1º, III, que o país, formado pela união indissolúvel dos estados, municípios e Distrito Federal, constitui Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se da dificuldade de estabelecer uma conceituação jurídico-constitucional com certa precisão, uma vez que o conceito de "dignidade da pessoa humana" é, de certa forma, impreciso, vago, ambíguo, pois se trata de expressão polissêmica. Importa ponderar, no entanto, que, apesar das divergências conceituais existentes, dignidade refere-se a um atributo inerente a todo ser humano, definindo-o como tal, o que não contribui para o estabelecimento do alcance da referida expressão, especialmente em seu aspecto jurídico-normativo (SARLET, 2009).

O preceito da dignidade da pessoa humana abarca em seu bojo os direitos fundamentais, os individuais clássicos e os de fundo econômico e social. Nesse sentido, a dignidade possui uma dimensão moral, sendo, segundo o legislador constituinte, responsabilidade do Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas tenham vida digna. Assim, o Estado não pode deixar de proteger o ser humano, preservando a sua identidade, integridade

e dignidade. De fato, o art. 5º da Constituição Federal consagra em seus incisos os direitos individuais, espécies de direitos fundamentais. Com isso, a Carta Magna estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A atual Constituição, promulgada em 1988, resultou de intensos debates e anseios do povo brasileiro na busca de um novo paradigma. O Código Civil vigente à época datava de 1916, sendo a Constituição de então fruto da Ditadura Militar, de modo que nela os direitos personalíssimos não recebiam a proteção do Estado. Com a evolução da sociedade, os direitos da personalidade tornaram-se de grande importância para o ser humano, levando o Texto Constitucional a dispor sobre eles, que lograram uma posição superior na hierarquia das normas dentro do ordenamento jurídico nacional. Tais direitos passaram a ser reconhecidos como subjetivos, protegidos pelo Estado, surgindo, assim, um encontro de grandeza jurídica entre o direito privado, a liberdade pública e o direito constitucional, verdadeiro paradigma que se constituiu como fruto de lutas pela tutela dos direitos personalíssimos (FERMENTÃO, 2006).

Nessa perspectiva, ao abordar a proteção da pessoa humana como finalidade do Estado, propugna-se que incumbe a este propiciar as condições necessárias para que as pessoas possam desenvolver o seu potencial e, com isso, viver dignamente. O mesmo acontece com o Código Civil em vigor, no seu Capítulo II, arts. 11 a 21, que regulam os direitos da personalidade. Inegável é a importância dos direitos da personalidade para garantir o respeito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física, ao nome, ao segredo, aos valores morais e intelectuais, todos necessários ao desenvolvimento da personalidade humana. Contudo, a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe sentido. Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar essa tarefa na medida em

que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade (BASTOS; MARTINS, 1988).

Aí está o drama do direito. Por um lado, garante a dignidade humana na Constituição Federal como paradigma jurídico perfeito, porém, por outro, como paradigma social, perece ante os abrolhos da vida, porque o Estado não tem cumprido sua tarefa de possibilitar o exercício da liberdade e da dignidade humana, quando assiste ao peregrinar de um povo sem a menor condição de desenvolver-se e de situar-se com a dignidade que lhe é de direito (FERMENTÃO, 2006).

Nessa esteira, os direitos da personalidade, como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e, no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e, ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos (AMARAL, 2000).

5.2 DO ALCANCE E DA TUTELA LEGAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos contribuíram decisivamente para a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos: direitos públicos de personalidade e direitos privados de personalidade. Os primeiros seriam os direitos inerentes ao homem, previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e expressos na Constituição dos diversos países como direitos fundamentais, destinando-se à defesa da pessoa contra atentados praticados contra ela pelo próprio Estado ou sendo invocados na defesa da sociedade, considerada como um todo, por agressões perpetradas contra ela por grupos privados. Concomitantemente, passaram a doutrina e a jurisprudência a admitir, ao lado dos direitos da personalidade públicos, a existência de direitos da personalidade privados, considerados os mesmos direitos da personalidade públicos, todavia observados e aplicados nas relações entre particulares, quando houvesse prática de

atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro (SZNIAWSKI, 1993).

Nessa seara, a atual e iminente preocupação com os cada vez mais frequentes atentados contra a personalidade humana direcionou a doutrina e a jurisprudência a admitir a existência de uma nova "categoria de direitos", que consiste no reconhecimento de um conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, em decorrência da evolução da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do direito natural, expresso pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os denominados pela doutrina majoritária de direitos da personalidade (SZNIAWSKI, 1993).

Alguns civilistas afirmam categoricamente pertencerem os direitos da personalidade ao ramo do direito privado, sendo, consequentemente, sujeitos à proteção no âmbito do direito civil. Tem-se que, frente aos direitos da personalidade, estariam os direitos fundamentais do homem e do cidadão, que têm por objetivo proteger a pessoa, pela tutela do direito político, da ingerência ou atividade abusiva do Estado, limitando o poder do governo por meio da exigência de uma atitude de abstenção deste. Assim, os direitos fundamentais têm por escopo a proteção dos direitos essenciais do homem contra as arbitrariedades do Estado e, como consequência lógica, os direitos da personalidade, vistos no seu âmago, revelam ser os mesmos direitos previstos nas declarações do homem, mas manifestados sob o ângulo do direito privado, isto é, nas relações entre particulares.

Registre-se que os direitos fundamentais têm eficácia vinculativa não apenas em relação aos poderes públicos, mas também entre particulares. Se, por um lado, vinculam os poderes estatais, por outro vinculam também os particulares, produzindo entre eles a chamada eficácia horizontal (ANDRADE, 2006). Veja-se que, em razão da publicização dos direitos da personalidade, havendo conflito de interesses privados, decorrentes de uma relação de coordenação, terá também o Estado o interesse-dever de agir em face da atual necessidade de garantir e tutelar a eficácia no plano horizontal dos direitos fundamentais. Tem-se, outrossim, que somente poderão configurar direitos da personalidade aqueles elementos da personalidade ôntica

do sujeito nos quais se encontra a dimensão ética, expressa na categoria da realização. Para isso, basta a verificação de que tais realidades da personalidade ordenam-se à plena realização do ente pessoa, que serve para permitir e assegurar ao homem realizar aquilo que é, contra ou para além da sua própria ideia de autorrealização.

Por isso, afirma-se que a tutela dos direitos da personalidade está a proteger não só aquilo que o homem é, mas também quem ele está chamado a ser. Assim, em razão de uma tendência multiplicadora nas ordens jurídicas contemporâneas, na previsão dos direitos da personalidade, tem-se uma redução na tutela da pessoa humana, uma vez que, quanto mais direitos, menos tutela (GONÇALVES, 2008). Em consequência disso, dir-se-á que o núcleo dos elementos-objeto dos direitos da personalidade deve ficar reduzido a um mínimo fundamental, de modo a estabelecer a própria realização ôntica da pessoa. Portanto, não se pode apenas aceitar a recondução dogmática do eixo central dos direitos da personalidade como referencial vago e longínquo, sendo o conceito subjetivo de pessoa chamado a intervir em cada passo da realização dessa disciplina jurídica, pois cada interpretação, cada conceito legal, cada ponderação remete à ideia substantiva de pessoa.

Diante disso, os direitos da personalidade, como núcleo essencial a todo ser humano, servem de base para uma vida e existência dignas, exigindo a presença de um mínimo existencial. Ademais, a previsibilidade de um grande rol de direitos da personalidade dificulta, ou até impossibilita, a tutela adequada de tais direitos. Importa ainda destacar que eles não se exaurem no capítulo próprio do Código Civil, pois, tal como ocorre com os direitos fundamentais, encontram-se espalhados pelo ordenamento, devendo se considerar não sua "localização geográfica" no ordenamento, mas seu conteúdo, que é essencial à existência humana digna.

Observa-se que os valores que integram a personalidade humana são-lhe privativos e, por meio deles e do potencial que representam, o homem tem condições de desenvolver-se em sociedade (abertura relacional dos direitos da personalidade). Tem-se, assim, que a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, motivo pelo qual é preciso reconhecer que o homem, para viver a sua vida pessoal e social, necessita de certos bens,

que, na sua maioria, estão no seu ambiente natural, ou seja, coisas móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas, que se encontram fora dele, mas são necessárias à satisfação de suas faculdades para a vida. Além desses bens externos, existem outros que se encontram no próprio homem, interiorizados em sua personalidade, necessários à sua dignidade e integridade interior e tão importantes que, se privado de tais bens interiores, sofrerá grave mutilação nos seus interesses. Entre esses bens internos aderentes à personalidade, estão, entre outros, a vida, a honra, a liberdade e a integridade física.

Por isso, sem a presença de determinados direitos, a personalidade ficaria completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto, isto é, sem esses direitos (da personalidade), todos os outros perderiam interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais, com os quais se identificam os direitos da personalidade. Nessa esteira, os direitos da personalidade têm o caráter essencial (e extrapatrimonial), necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana, como a vida, o corpo, a liberdade e a honra. A pessoa, como ser capaz de manifestações interiores, necessita de uma proteção adequada que garanta a sua existência e o pleno desenvolvimento físico e moral da personalidade. Como os direitos da personalidade são essenciais para salvaguardar a dignidade humana, privado deles, o homem não se desenvolve. A essencialidade dos direitos personalíssimos é a valoração destes na vida do ser humano. Se os direitos da personalidade são essenciais, são necessários e vitais para o desenvolvimento da pessoa humana (CUPIS, 1961).

5.3 DA TUTELA DA LIBERDADE COMO DIREITO DA

PERSONALIDADE

Norberto Bobbio (1992), tratando dos direitos fundamentais, dispõe que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, em decorrência da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado-cidadão ou soberano-súditos, a qual é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (LAFER, 1998), segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, isto é, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se tornou irreversível, foi provocada no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, por meio das quais se afirmou o direito de resistência à opressão, que pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais – fundamentais porque naturais e naturais porque cabem ao homem como tal e não dependem de beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade).

Kant racionalmente reduz os direitos irresistíveis (que ele chama "inatos") a apenas um: a liberdade. Mas o que é a liberdade (BOBBIO, 1992)? Segundo Benjamin Constant (1985), a liberdade refere-se ao direito de cada um de não se submeter às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É permitir a cada um decidir e viver individualmente seu espaço. Nessa construção conceitual do direito à liberdade, Montesquieu (1996) define-a como o direito de fazer tudo o que as leis permitem e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria a liberdade, porque os outros também teriam esse poder. Ainda no século XVIII, Rousseau, analisando o comportamento político dos ingleses, critica o modo como os modernos exerciam a liberdade, dizendo que o povo inglês pensava ser livre, mas estava redondamente enganado, pois só o era

durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez que eram eleitos, o povo tornava-se escravo, um "nada". Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela fazia, bem merecia perdê-la (ROUSSEAU, 2001).

Observa-se, nesse contexto, grave e frontal violação aos direitos da personalidade – especialmente no que tange à liberdade – quando o Estado legislador ultrapassa, no âmbito penal, as "fronteiras" do que lhe é permitido regulamentar, ou seja, quando criminaliza condutas com intuito "político", especialmente para dar uma resposta imediata a algum fato de repercussão social e midiática, "dando à luz" leis penais obsoletas, desproporcionais, que não tutelam qualquer bem jurídico (PRADO, 2002)[7], violando o direito individual de cada um de ter um direito penal cuja função é a exclusiva proteção de bens jurídicos, de modo que tal previsão, muito mais do que dirigir a atividade do legislador, é um limite à sua inflação de leis penais, não podendo ele criminalizar condutas que não violem bens jurídicos (alheios), e de forma grave – ou seja, grave a ponto de nenhum outro ramo do direito mostrar-se suficiente para protegê-lo –, sob pena de infringir os princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da alteridade e da intervenção mínima, todos postulados basilares do direito penal garantista, dignos do Estado Constitucional de Direito em que se vive ou ao menos se pretende viver.

Assim, conclui-se que a lei penal não atua como limite da liberdade individual, mas como seu garante, ou seja, defende a liberdade e não a limita, devendo ser utilizada somente como *ultima ratio* e não da forma que vem ocorrendo, como *prima ratio*. Pode-se exemplificar com a criminalização prevista na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), cujo art. 49 prevê a sanção de 3 meses a 1 ano de detenção para quem "destruir, danificar ou lesar, de qualquer modo, plantas de ornamentação" (BRASIL, 1998). Observa-se que, nesse caso, não há bem jurídico que justifique uma intervenção da esfera penal, sendo que tal proibição poderia e, mais ainda, deveria decorrer de outro ramo do direito, diverso do punitivo. Verdadeiro absurdo.

7 A ingerência penal somente poderá ser utilizada para proteger os maiores valores da sociedade, como *ultima ratio*, intervindo quando os demais ramos do direito mostrarem-se insuficientes para tanto. A lei penal não atua como limite da liberdade individual, mas como seu garante, ou seja, defendendo a liberdade e não a limitando.

Destaca-se a lição de Canotilho (2002), que preceitua, entre as funções dos direitos fundamentais, a função de defesa ou de liberdade, dispondo que se impõe ao Estado, nesse momento, um dever de abstenção, que se refere ao dever de não interferência ou não intromissão, respeitando o espaço reservado à sua autodeterminação; nessa direção, cabe ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 2006). Em outras palavras, a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais limita o poder estatal (o Estado não pode editar leis retroativas, por exemplo, ou leis que violem direitos fundamentais ou da personalidade etc.), mas também atribui dever ao Estado (impõe-se, por exemplo, o dever de impedir a violação da privacidade) (FACHIN, 2013).

Verifica-se, dessa forma, que a função da liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão: 1) constitui, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente sua ingerência na esfera jurídica individual; e 2) implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdades negativas) (CANOTILHO, 2002).

6 CONCLUSÃO

Tendo em vista que, nos dias atuais, a demanda social de proteção por meio do direito penal não se vê satisfeita de modo funcional com este reduzido ao seu núcleo principal, é inevitável a sua expansão. Essa ampliação do direito criminal, contudo, não pode basear sua requerida força comunicativa na imposição de penas privativas de liberdade. Assim, observa-se que o problema não é tanto a expansão do direito penal em geral, mas, especificamente, da pena privativa de liberdade e de outras medidas de cunho preventivo especial, pois a expansão do direito punitivo carece de razoabilidade político-jurídica.

Constata-se, dessa forma, a existência de dois problemas atuais. Por proêmio, o fato de o direito penal ser utilizado com certa frequência pelo legislador como "resposta imediata" a "todos" os problemas sociais relatados – até com requintes de sensacionalismo pela mídia (direito penal de emergência) –, ainda que sem maiores reflexões, gera um populismo penal inadmissível; consequentemente, a ciência abarca essa concepção, considerando-a teoria, como verdadeira panaceia contra todos os males. Por outro lado, em decorrência de a pena privativa de liberdade ser utilizada sem razoabilidade político-jurídica – agora camuflada por outras modalidades punitivas de caráter preventivo especial (controle telemático, castração química, cadastro de características genéticas de criminosos sexuais), porque constatada a falência da prisão –, como resposta aos "anseios sociais" (fabricados pelos agentes de reprodução do poder social), a tendência é ter, nas próximas décadas, um punitivismo sem limites, para além da gigantesca população carcerária, cuja realidade não responde ao princípio da adequação, porque longe de cumprir as finalidades preventivo-socializadoras da pena, aplicada em detrimento de grupos vulneráveis de uma sociedade de estruturas deformadas e inadequadas.

Diante desse estado de coisas, mesmo que valiosa a proposta trazida por Silva Sánchez (2002), considerando outros meios – que não a aplicação da pena privativa de liberdade – eficazes para reparar danos causados por meros ilícitos de acumulação ou perigo presumido e distantes de um perigo real para bens individuais, nota-se que essa postura flexibilizadora de garantias poderá, como de fato já ocorre, contaminar todo esse sistema de garantias, permitindo um punitivismo desenfreado de práticas de duvidosa eficácia, atreladas e fundamentadas por preceitos de utilitarismo prevencionista especial, característicos do positivismo naturalista. Passam a ser adotadas respostas penais adequadas à sociedade de risco, característica da pós-modernidade, cujo medo e insegurança difundem-se diuturnamente, reclamando respostas garantidoras da "paz social e ordem pública", conceitos de absoluta imprecisão jurídica.

Estatísticas confiáveis demonstram que a insegurança experimentada é mais comunicacional do que real, havendo uma forte percepção do

fenômeno da violência integrante no cotidiano, onipresente na sociedade, difundindo um estado de pânico no cidadão ante seus potenciais "inimigos". Essa angústia percebida pelos cidadãos necessita de contraprestações, mesmo que simbólicas, de modelos ou respostas de natureza penal, aptos a conter o alarme social observado, eis que essa sensação de incremento da criminalidade violenta passa a gerar uma forte demanda por políticas criminais duras.

O desenvolvimento científico propicia respostas penais alternativas, como o assim chamado monitoramento eletrônico (Lei nº 12.258/2010, que alterou a Lei de Execuções Penais) e a criação de cadastros de criminosos (Lei nº 12.654/2012, que ainda não entrou em vigor), que são a tônica do momento. O direito penal estrutura-se em torno de suas respostas, calcadas em um utilitarismo duvidoso. Reclamam-se, ainda, técnicas preventivas contra delitos de natureza sexual, como a castração química, muito próximas dos castigos e experimentos de caráter eugênico, sempre presentes na história da humanidade. Ressaltem-se, nesse sentido, as práticas de esterilização forçada dos "associais", pelo regime nacional-socialista, identificados como integrantes das camadas sociais baixas e portadores de antecedentes criminais contra o patrimônio e de índole sexual, prostitutas, mendigos e vagabundos. Entre 500 mil e um milhão de pessoas, com ou sem enfermidades hereditárias, passaram por esse procedimento. Estava-se a um passo da eliminação física definitiva daqueles sujeitos.

A 2ª velocidade do direito penal foi desenvolvida para suprir a insaciável demanda social, posto que o problema maior residia justamente na exploração da instância judicial-penal para a imposição de tais sanções, sob o argumento de que a preservação dos elementos de estigmatização social e a capacidade simbólico-comunicativa do direito penal empreenderiam maior eficácia na aplicação das penas. E que penas. Essa verdade preocupante, demonstradora da vulgarização de todo o direito penal – o qual deveria intervir minimamente, sendo utilizado somente de forma subsidiária, como *ultima ratio*, ou seja, para a resolução de problemas em que os demais ramos do direito mostrassem-se incapazes de solucionar –, dá uma ideia de como o movimento flexibilizador de garantias poderia espraiar-se por todo o sistema, possibilitando a aplicação compulsória de modalidades novas de respostas

penais, sem maiores ponderações de índole garantista, tudo em nome da celeridade e defesa do "organismo social". Consequentemente, perde-se todo o poder místico e coercitivo inerente ao direito punitivo, causando seu embotamento, equiparando-o aos demais ramos do direito.

Nesse aspecto, talvez a solução apresentada por Hassemer (1993) – de criar um novo ramo do direito, um direito de intervenção – seja mais interessante, pois parece mais prudente valer-se de um direito de intervenção (intermediário) com menos capacidade simbólico-comunicativa do que sacrificar o direito penal. É cabível, ainda, uma crítica no sentido de que Silva Sánchez (2002), ao propor um abrandamento (mais eficiente) na punibilidade dos delitos socioeconômicos, na verdade está a escancarar a utilização do direito penal como instrumento reprodutor do poder social, fruto de um Estado que legaliza a violência de classes dos criminosos reais, detentores do poder. Nesse sentido, o chamado idealismo de esquerda advoga que o controle social de classes tem, na prisão, sua instituição central e, na polícia, seu agente principal, ambas caracterizadas por uma ineficiência no controle do crime: o objetivo oculto seria constituir uma ameaça permanente contra as classes sociais objeto de exploração econômica e de dominação política.

Ademais, no que tange à breve explanação sobre a 3ª velocidade do direito penal, Silva Sánchez (2002) defende a necessidade de um direito penal do inimigo, ao admitir a violação de direitos e garantias individuais e direitos da personalidade dos denominados "inimigos", assegurados no núcleo intangível da Constituição Federal – conquistados ao longo da história da humanidade pelas árduas batalhas e revoluções –, a fim de salvaguardar o mínimo de liberdade aos cidadãos, limitando a atuação do Estado. Certamente, tal violação estender-se-á, em um futuro próximo, aos direitos dos "cidadãos", permitindo que a esfera de atuação e reprodução do poder estatal cresça, em detrimento da liberdade individual do homem, restringindo-a.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações privadas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990a.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990b.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

_____. Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 2010.

_____. Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nos 12.037, de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 maio 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CEREZO MIR, José. **Direito penal e direitos humanos**: experiência espanhola e europeia. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. v. 6.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: filosofia política II. Porto Alegre: LePM, 1985.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: [s.n.], 1961.

DELMAS-MARTY, Mirelle. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

FACHIN, Zulmar**. Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes. Os direitos da personalidade e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. Disponível em: <www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/.../172>. Acesso em: 18 abr. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Paris: Assembleia Nacional Constituinte, 1789.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegomenos para la lucha por la modernizacion y expansion del derecho penal y para la critica del discurso de resistência**. Valencia: [s.n.], 2003.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: [s.n.], 1993. (Actualidad Penal, n. 43-22).

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**.** In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MALARÉE, Hernán Hormazábal; RAMÍREZ, Juan Bustos**. Lecciones de derecho penal**. Madrid: Trota, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins, 1996.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón et al. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, art. 1º a 120º. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal em uma encruzilhada: abolição, diversificação, retornar à razão ou entrar em razão? **Revista de Ciências Jurídicas**, Maringá, v. 7, n. 1, p. 25-41, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/view/11064>. Acesso em: 18 abr. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SZNIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VON LISZT, Franz. **Tratado de directo penal alemão**. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

Correspondência | Correspondence:

Gerson Faustino Rosa
União Nacional das Instituições Educacionais de São Paulo, Faculdades de Presidente Prudente – FAPEPE. Avenida Coronel José Soares Marcondes – lado ímpar, Jardim Rio 400, CEP 19.053-210. Presidente Prudente, SP, Brasil.
Fone: (18) 3918-4700.
Email: gersonfaustinorosa@gmail.com

Recebido: 18/07/2013.
Aprovado: 30/08/2013.

Nota referencial:

ROSA, Gerson Faustino. A violação da personalidade humana pelo expansionismo penal. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 49-83, set./dez. 2013. Quadrimestral.