

A Tutela Penal dos Direitos Humanos

PAULO CESAR CORREA BORGES*

Resumo: A proteção penal dos direitos humanos tem dois aspectos decorrentes do garantismo penal: 1) limite para a persecução penal; 2) objetividade jurídica das normas incriminadoras. O conceito de direitos humanos para fins de tutela penal prescinde da sua classificação geracional, mas determina o reconhecimento de sua historicidade e, principalmente, a sua construção a partir das mobilizações e movimentos sociais. A vulnerabilidade dos grupos humanos que são difusa e sistematicamente discriminados ou violados deve ser o critério para a definição do objeto jurídico da norma incriminadora, para manter coerência e viabilizar a aplicação do princípio da complementariedade entre a repressão interna e a persecução internacional, compatibilizando o Direito Penal interno e o Internacional.

Palavras-chave: Direito Penal; Objetividade jurídica; Movimentos sociais; Garantismo; genocídio; crimes contra a humanidade.

The criminal protection of human rights

Abstract: The criminal protection of human rights has two guaranteed under the criminal aspects: 1) limit for criminal prosecution, 2) objectivity of the legal criminal provisions. The concept of human rights for criminal guardianship waives the generational classification, but requires the recognition of its historicity, and especially its construction from the mobilizations and social movements. The vulnerability of human groups that are diffuse and systematically discriminated against or abused should be the criterion for defining the object's incriminating legal standard to maintain consistency and facilitate the application of the principle of complementarity between the internal repression and international prosecution, matching the Criminal Law domestic and international.

Key words: Criminal Law; Legal objectivity; Social movements; Guaranteed; genocide; crimes against humanity.



* **PAULO CESAR CORREA BORGES** é Professor Assistente-doutor de Direito Penal e Criminologia do Departamento de Direito Público da UNESP; é Coordenador do PPGDIREITO - Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP; é presidente do Conselho Editorial da Revista de Estudos Jurídicos UNESP (2010/2013); é membro do IBCCRIM, AIDP e MMPD; e é Promotor de Justiça do MPESP. Foi membro do CONDEP/SP, representando a UNESP; e do CEAC – Conselho Editorial Acadêmico da Fundação Editora UNESP (2008/2011).

1 – Introdução

Dentre as inúmeras pesquisas e reflexões realizadas em relação aos Direitos Humanos, partem-se de questionamentos sobre a sua própria inexistência¹, passando pelas concepções geracionais e culminando com aportes teóricos críticos que, a par de sua historicidade vinculada às lutas dos movimentos sociais organizados, que buscam a superação de diferentes formas de discriminação de grupos humanos ou mesmo a negativa de acesso a bens fundamentais e básicos, identificam a possibilidade de sua desconstrução.

Neste estudo, analisa-se a tutela penal dos direitos humanos, que deve ocorrer na fase pós-violatória, no plano interno ou internacional, diante da complementariedade do sistema internacional de proteção, cotejando-a com o critério da vulnerabilidade dos grupos humanos atingidos, para estabelecer um conceito de direitos humanos próprio para legitimar a atuação do aparelho repressor, ao qual normalmente são contrapostos os direitos humanos, como limite da atuação Estatal.

Sendo assim, a perspectiva aqui delineada, preservando aquela função negativa dos Direitos Humanos, põe em relevo uma outra função, consistente na definição da objetividade jurídico-penal, a ser alcançada por meio de uma política criminal que reconheça a relevância da dignidade humana de grupos humanos vulneráveis, no seio da sociedade, em relação aos quais a omissão estatal ensejará a atuação de mecanismos supraestatais de repressão penal

¹ Em conferência proferida no dia 16.08.2011, Robert Alexy (2011: 89) concluiu afirmativamente pela existência dos direitos humanos, cuja validade sustentou a partir da sua concepção dos mesmos como sendo direitos morais, diante de uma justificação que conecta elementos objetivos e subjetivos.

internacional, para a garantia da Justiça Universal em relação a violações de bens fundamentais, como, por exemplo, quando ocorrem casos de genocídio e/ou crimes contra a humanidade.

2 – Direitos Humanos e Tutela Penal

Analisando o Direito Penal mínimo, Alessandro Barata indica dupla função aos direitos humanos. Primeiro, limite negativo da intervenção estatal por meio do aparelho punitivo, quando presentes os requisitos da legalidade penal. A segunda função concerne ao objeto da tutela penal, isto é, à objetividade jurídica da proteção estatal, por meio da legislação penal.

Em outras palavras, pode-se reconhecer a primeira função no garantismo negativo de Luigi Ferrajoli (1998), tornando-se limite para o exercício do *jus puniendi*, e, concomitantemente, tem-se o garantismo positivo, no sentido de que o Estado deve proteger os direitos humanos, contra as diferentes formas de sua violação.

O corte epistemológico da análise dos direitos humanos, neste artigo, cinge-se à segunda função apontada pelo penalista italiano, conquanto se tenha presente as advertências de Salo de Carvalho (2008: 525):

(...) fundamental indagar à teoria crítica quais as virtudes, os limites e as armadilhas da utilização do sistema penal para tutela e para a luta pela efetivação dos direitos humanos. (...) cabe aos movimentos sociais e coletivos organizados estar atentos sobre as armadilhas decorrentes da demanda pela intervenção penal. Não obstante, o mesmo interrogante deve nortear os operadores do direito quanto à elaboração de teorias legitimadoras do sistema punitivo.

Neste sentido, importante é a compreensão dos direitos humanos, enquanto direitos conquistados por meio

das demandas históricas e das lutas sociais, e que passavam a ser consolidados pelos estudiosos e pesquisadores do tema, identificando a injustiça reiterada, ao longo do tempo, e que formaram o referencial teórico, que pautaram as políticas públicas, culminando com a sua positivação.

A legitimidade e a eficácia, legal e extralegal, e a sensibilização sociocultural, também são dimensões que permitem a consolidação dos direitos humanos e logram superar o fosso que, muitas vezes, é diagnosticado e que se estabelece entre as proclamações em tratados internacionais e na legislação interna, e em muitos discursos acadêmicos, diante da realidade que continua denunciando a existência de discriminações, de exclusão e de violações, que se contrapõem ao próprio direito positivo.

Por outro lado, deve-se delimitar o enfoque dos direitos humanos enquanto bem jurídico, socialmente relevante, e com status constitucional, para subsidiar a política criminal implementada e a ser estabelecida, em função da segurança da ordem pública, uma das finalidades do Estado, mesmo sob uma concepção teórico-minimalista.

Neste sentido, ao tratar da tutela penal dos direitos humanos, o objeto da análise destina-se, principalmente, para a fase pós-violatória e, portanto, consiste na etapa estatal de seu reconhecimento e proteção, como corolário do monopólio do Estado, quanto ao exercício do *jus puniendi*, ou, em caso de sua omissão, a atuação do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, notadamente a partir do Estatuto de Roma.

Conquanto teoricamente se reconheça que uma das finalidades da punição seja a prevenção geral negativa, na forma de

inibição abstrata de comportamentos violadores de direitos humanos e, concretamente, que afrontam a legalidade democrática, construída a partir das lutas sociais e dos aportes filosóficos, que foram incorporados em políticas públicas e ensejaram a sua positivação – correspondendo a uma pretensão preventiva – a tutela penal dos direitos humanos se concretiza na etapa posterior à sua violação.

Desta forma, uma das características comuns e pouco analisadas pela doutrina especializada é exatamente a vulnerabilidade dos titulares presente nas diferentes formas de violação dos direitos humanos e que são, invariavelmente, definidas como crime. Vale ressaltar que não se trata de uma vulnerabilidade circunstancial, mas constante e estrutural.

Um dos limites, entretanto, para que nem toda forma de violação implique em uma hiperinflação da legislação penal, que tenha por objetividade jurídica, por excelência, os direitos humanos, é o princípio da subsidiariedade. O próprio reconhecimento deste já destaca que a proteção dos direitos humanos deve preponderar na fase pré-violatória, ao lado da crescente sensibilização sócio-cultural a respeito do alcance e da natureza dos direitos humanos.

3 – Conceito de Direitos Humanos para fins de Tutela Penal

O conceito de direitos humanos é complexo e polêmico, bem como a sua própria formação.

Há autores que simplesmente repetem as diferentes gerações de Direitos Humanos, conquanto muitos tenham o mérito de vinculá-los a momentos históricos da humanidade, invariavelmente confundindo a linha do tempo para apresentar uma sucessividade entre cada uma de tais gerações.

A primeira geração é apontada como a decorrente das lutas sociais da burguesia, diante da opressão e da falta de acesso a bens básicos, confrontando o sistema feudal e os privilégios da nobreza e do clero, em busca de liberdade e igualdade formal, cujo ápice foi representado pela Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A burguesia conquistou, então, as liberdades individuais e a garantia de que o próprio Estado se submeteria ao princípio da legalidade e que todos seriam iguais perante a lei².

A própria declaração já apontava a exclusão de outros grupos humanos, sendo o primeiro e mais evidente pela generalidade estabelecida pelo título daquela conquista da burguesia as mulheres. Contudo, outros coletivos foram alijados da promoção humana conquistada pela burguesia, enquanto movimento social, tais como os escravos, os negros, as crianças, os idosos, os deficientes, as diversas etnias, os imigrantes, as religiões, os homossexuais etc.

Adverte, também, David Sanchez Rubio, que, em nome da lei absoluta do mercado, a burguesia destruiu as sociedades préburguesas e, em relação às subsequentes, declarou guerra justa considerando-as rebeldes, pois se colocavam contra as normas estabelecidas pelo mercado (2011: 19-20)

Por tal razão, compreende-se o discurso reacionário e que coloca as demais gerações de Direitos Humanos em segundo plano, como se fossem promessas ou programas a serem implantados, quando possível, a despeito do seu reconhecimento e

institucionalização, interna e internacionalmente. Através do positivismo jurídico³ implanta-se um fosso entre a proclamação de tais direitos e a realidade social distante da suas concretizações, ideologicamente comprometido com a lei do mercado capitalista.

Neste sentido, verifica-se que à segunda geração de Direitos Humanos são associados os direitos decorrentes da igualdade material, cuja implementação demanda a concretização dos denominados direitos sociais, econômicos e culturais, notadamente diante das mazelas enfrentadas pelos trabalhadores, após a revolução industrial e o incremento da urbanização nos grandes centros, que foram se formando, inclusive em decorrência da migração do campo para a cidade. Da neutralidade do Estado Liberal, reclama-se, então, a intervenção do *Welfare State* para compensar as desigualdades materiais e propiciar a inclusão social.

A terceira geração de direitos humanos foi associada à necessidade de solidariedade entre os povos, principalmente após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, particularmente pelos nazistas, ensejando uma demanda pela paz internacional. Contudo, um outro aspecto importante caracterizou este terceiro grupo de direitos humanos, referente à solidariedade e à autodeterminação dos povos, principalmente em relação aos países periféricos, como destaca Helio Gallardo (2008: 36-37):

Es el Tercer Mundo entendido aqui como sociedad civil emergente que busca en la liberación nacional y el desarrollo económico (y muchas veces también en algún tipo de

² Neste grupo podem ser observados os direitos e garantias individuais enumerados principalmente no artigo 5º., da Constituição Federal brasileira.

³ Ver a respeito Antônio Alberto Machado, *A teoria do direito e os paradigmas positivistas* (2011: 23).

socialismo) sus posibilidades de realización histórica y humana. Estas movilizaciones configuran las determinaciones de la tercera generación de derechos, los llamados derechos de los pueblos expresados en las demandas de la Declaración de Argel (1976) y también de las nacionalidades y etnias, como lo indica el Proyecto de Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1990). Esta es una sociedad civil emergente empobrecida, coloreada y objetivamente internacional, creada por la expansión imperial del capital, incluyendo el apartheid, y la geopolítica.

Embora alguns autores sustentem a existência de até a quinta geração, dentre os quais Helio Gallardo (2008: 35), no último grupo estão incluídos os direitos decorrentes dos avanços tecnológicos e, particularmente, da biotecnologia. A despeito das críticas merecidas à classificação geracional dos direitos humanos, certo é que surgem das lutas sociais, que demandam pelo reconhecimento da subjetividade de grupos humanos discriminados e/ou que padecem de violações que negam a sua própria condição de titular da dignidade humana.

Neste sentido, os direitos individuais, coletivos e difusos abrangem os denominados e clássicos direitos humanos positivados no plano interno e que, invariavelmente, são tutelados penalmente.

Aliás, a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, confirmou a concepção da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, e afirmou que todos os Direitos Humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados, "...devendo ser tratados globalmente de forma justa e equitativa,

em pé de igualdade e com a mesma ênfase" (PIOVESAN, 1998 : 79-80)

Entretanto, considerando os direitos humanos como fruto da mobilização e dos movimentos sociais, dentro do garantismo negativo, a primeira consequência é a deslegitimação da criminalização dos movimentos sociais⁴, particularmente quando, dentro da ordem democrática, canalizam demandas que se contrapõem aos interesses de grupos hegemônicos e detentores do poder político. Neste sentido, muitos casos têm sido relatados de aplicação da legislação penal para desmobilizar organizações sociais, por meio da instauração de procedimentos criminais e da iniciativa de projeto de lei, para classificar, por exemplo, a ocupação de terra como crime hediondo⁵.

A vulnerabilidade de grupos humanos, então, ganha relevo para a determinação da objetividade jurídico-penal a ser definida pela política criminal norteadas pelos direitos humanos, na forma de garantismo positivo, notadamente diante de violações sistemáticas, ao lado da impunidade dos respectivos agressores, por razões estruturais ou por uma prática ideologicamente comprometida com a utilização do Direito Penal como mero

⁴ Para um aprofundamento sobre a criminalização dos movimentos sociais no Brasil, ver FREIRE (2011: 175), "Desafios históricos contra a criminalização dos movimentos sociais no Brasil"; e, também, Criminalização dos Movimentos Sociais no Brasil: Relatório de Casos Exemplares, de 2006, do Movimento Nacional de Direitos Humanos.

⁵ Os conflitos, em geral, decorrem da contraposição das demandas dos movimentos sociais à proteção da propriedade privada, optando-se muitas vezes nos casos concretos por prescindir-se da proteção constitucional da propriedade privada, ideologicamente conceituada segundo parâmetros clássicos, desvinculada da sua função social, que é requisito para uma legítima composição de interesses antagônicos.

instrumento de opressão, ensejadora da omissão dos órgãos oficiais de combate à criminalidade em questão.

4 – Genocídio e crimes contra a humanidade: complementariedade

Considerando na definição do objeto da tutela penal em relação aos direitos humanos, a vulnerabilidade de grupos atacados, fica estabelecida a necessária complementariedade entre as normas internadas de definição dos crimes contra os direitos humanos e a sua aplicação concretamente, com as normas de Direito Penal Internacional relativas ao genocídio e os crimes contra a humanidade.

O artigo 1º., do Estatuto de Roma é explícito ao estabelecer a complementariedade da sua aplicação e da competência do Tribunal Penal Internacional e, em relação aos direitos humanos, definiu os crimes de genocídio e contra a humanidade, nos seus artigos 6º. e 7º., destacando na tipificação, respectivamente, os diferentes ataques a grupos humanos, ou a seus membros, com a intenção de destruí-los, por razões de nacionalidade, etnia, raça ou religião; e, bem assim, os diferentes atos que menciona de forma difusa e sistemática contra a população civil: homicídio; extermínio; escravidão; aprisionamento com violação de regras fundamentais de Direito Internacional; tortura; estupro; escravidão sexual; gravidez forçada; esterilização forçada ou outra forma de violência sexual de comparável gravidade; perseguição contra grupos ou coletividade política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa ou de gênero; desaparecimento forçado de pessoas; apartheid; e outros atos desumanos de características similares.

Nas legislações internas dos países, como no Brasil, todas aquelas figuras do Estatuto de Roma fazem parte da

legislação penal interna. Com efeito, a tutela penal dos direitos humanos deve ocorrer primeiro no plano interno, segundo a tipificação específica do Direito Penal interno. Contudo, diante da impunidade ou da omissão dos órgãos oficiais de repressão das violações dos direitos de grupos humanos vulneráveis, particularmente quando ocorrerem de forma difusa e sistemática, deverá ser aplicado o Direito Penal Internacional.

Importante destacar que a atuação do Gabinete do Procurador, perante o Tribunal Penal Internacional, considerará ainda a repercussão do fato perante a comunidade internacional⁶, como critério para início da investigação e posterior processamento.

Interessante destacar que, analisando a moralidade da extensão da competência do TPI em relação à proteção de pessoas ou grupos humanos de países que não subscreveram o Estatuto de Roma, Mariano H. Silvestroni (2007: 117), admitiu ser legítima aquela atuação, visto que *“el ER se ocuparia de los más débiles; sería el tribunal de justicia de los desamparados... son olvidados por el mundo y sus instituciones de justicia”*.

5 – Considerações finais

A tutela penal dos direitos humanos implica na observância do garantismo penal negativo, que limita a atuação da persecução criminal, contrapondo os direitos fundamentais à intervenção estatal, mas, entretanto, da perspectiva positiva os direitos humanos devem ser protegidos e, por isso mesmo,

⁶ Veja-se a respeito o estudo crítico de Sonja C. Grover no livro intitulado *“The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes”*, na medida em que aquela Corte pode comprometer o critério do GTP de *“repercussão internacional”* para persecução de crimes internacionais, perante o Tribunal Penal Internacional.

representam a objetividade jurídica da norma penal incriminadora.

Para fins de tutela penal é importante que o conceito de direitos humanos transcenda os estreitos limites das concepções geracionais, para enfatizar a historicidade da sua construção decorrente das mobilizações e dos movimentos sociais, que buscam superar discriminações ou falta de acesso aos bens fundamentais, criando demandas diante das limitações artificiais e estruturais.

A vulnerabilidade dos grupos humanos deve ser o critério para determinar os objetos jurídicos da tutela penal dos direitos humanos, inclusive para compatibilizar a ordem interna com o princípio da complementariedade que norteia a aplicação do Direito Penal Internacional, notadamente no âmbito do Tribunal Penal Internacional, diante da omissão dos órgãos internos de repressão ou da impunidade garantida pela utilização da legislação penal como instrumento de opressão de grupos humanos vulneráveis, discriminados e/ou violados em seus direitos fundamentais de forma difusa e sistemática.

Referências

A CRIMINALIZAÇÃO dos movimentos sociais no Brasil: Relatório de casos exemplares. Brasília: MNDH, 2006. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/r_mndh/r_mndh_criminalizacao_mov_sociais.pdf.

Acesso em: 13.03.2012.

ALEXY, Robert. **The existence of Human Rights.** IN: IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, 25., Abstract book... Frankfurt am Main: Goete Universität, 2011. p. 87-90

CARVALHO, Salo de. **Criminologia, Garantismo e Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Ensaio sobre o exercício dos poderes punitivos.** IN: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo... [et al.]. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos no século XXI.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 483-529

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale.** 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

FRANZOI, Jackeline Guimarães Almeida. **Dos direitos humanos: Breve abordagem sobre seu conceito, sua história, e sua proteção segundo a Constituição brasileira de 1988 e em nível internacional.** Revista Jurídica Cesumar, v. 3, n. 1, p. 373-390. 2003. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/402/406>. Acesso em: 15.10.2011

FREIRE, Silene de Moraes. **Desafios históricos contra a criminalização dos movimentos sociais no Brasil.** IN: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2011. p. 175-189.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos.** Murcia: Gráficas F. Gómez, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **A teoria do direito e os paradigmas positivistas.** IN: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2011. p. 23-29.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

RUBIO, David Sanchez. **Sobre el concepto de "Historización" y una crítica a la visión sobre las (de)-generaciones de derechos humanos.** IN: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2011. p. 9-21.

_____. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito.** 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.