

## **OS PRINCÍPIOS DA LESIVIDADE E DA NECESSIDADE NO GARANTISMO JURÍDICO**

**Andréa Zimmermann de Borba<sup>1</sup>**

### **SUMÁRIO**

Introdução. 1 Princípio da Lesividade. 2 Princípio da Necessidade. 3 Teoria do Garantismo Jurídico. Considerações finais. Referência das fontes citadas.

### **RESUMO**

Em uma sociedade de desigualdades, onde vivemos em constante conflito, o modelo garantista é um modelo ideal, pois visa garantir, por parte não só do Poder Estatal, mas também dos aplicadores da lei, a concreção dos direitos fundamentais, base de um Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS CHAVE:** Dignidade da Pessoa Humana, Estado Democrático de direito, Garantismo Jurídico

### **RESUMEN**

En una sociedad de la desigualdad, donde vivimos en constante conflicto, el modelo garantista es un modelo ideal, que tiene por objeto garantizar, no sólo por el Poder del Estado, pero los aplicadores de la ley, la concreción los derechos fundamentales, la base para un Estado Democrático de Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Dignidad de la Persona Humana, Democrática imperio de la ley, garantismo jurídico

### **INTRODUÇÃO**

A Teoria Geral do Garantismo está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais e deve servir de parâmetro para a atuação do poder estatal, o qual deve buscar a concreção máxima dos direitos fundamentais, base de um Estado Democrático de direito.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1998), mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Atualmente é Escrivã Judicial do poder Judiciário do estado de Santa Catarina.

A dignidade da pessoa humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>2</sup>

Para Maurício Antonio Ribeiro Lopes o princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana é o “ponto de partida e de chegada de todo o ordenamento jurídico num Estado de Direito.” Trata-se de princípio que estrutura a ordem constitucional e norteia todo o sistema jurídico, a partir do texto constitucional.

Numa sociedade democrática aberta, ou seja, autenticamente democrática, a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de cada cidadão, de modo que não pode ser degradada a um mero meio em vista de um fim a realizar. A pessoa goza assim duma esfera de autonomia própria que não pode ser tocada ou agredida, sem se abalarem as bases da própria convivência”.<sup>3</sup>

## **1 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE**

O princípio da lesividade constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito: a natureza do resultado, isto é, dos efeitos que produz. A absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, segundo o princípio *nulla necessitas sine iniura e nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniura*.

---

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. p. 60.

<sup>3</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**, p. 79.

Somente as proibições, da mesma forma que se dá em relação às penas, podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes, no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>4</sup>

O princípio da lesividade tem tido um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração de um direito penal mínimo, facilitando uma fundamentação não teleológica nem ética, senão laica e jurídica, orientando-o para a função de defesa dos sujeitos mais frágeis por meio da tutela de direitos e interesses considerados necessários ou fundamentais.<sup>5</sup>

A necessária lesividade do resultado condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo.<sup>6</sup>

O princípio da lesividade, por estar ligado ao de necessidade das penas, é idôneo para vincular o legislador à máxima Kantiana, válida sobretudo no campo penal, segundo a qual a (única) tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um. O art. 4 da Declaração de Direitos de 1789 estabelece que a liberdade “consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os demais; desta forma, a existência dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão por lei”.

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 427 e 428.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 429.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 427.

Este princípio tem tido um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração de um direito penal mínimo.<sup>7</sup>

As proibições penais somente se justificam se as ações reprováveis produzirem efeitos lesivos a terceiros.

## 2 PRINCÍPIO DA NECESIDADE

Para Aristóteles, as proibições, não menos do que os castigos, são um mal “artificial” ou “contra a natureza”, justificando-as apenas pela necessidade de defender os direitos fundamentais dos cidadãos.

BECCARIA escreveu em Dos delitos e das Penas “[...] As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão, quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano proporciona aos súditos”.

Em um Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal é considerada legítima quando socialmente necessária, ou seja, quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana.<sup>8</sup>

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.<sup>9</sup>

O princípio da necessidade, *nulla lex poenalis sine necessitate*, do qual deriva não só o princípio da pena mínima necessária, *nulla poena sine necessitate*, mas

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 428.

<sup>8</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**, p. 70

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 427.

também o da máxima economia na configuração dos delitos, *nullum crimen sine necessitate*. "O uso das leis, as quais não são mais do que regras autorizadas – escreve HOBBS -, não tem por finalidade impedir o povo de realizar ações voluntárias, senão dirigir e controlar essas de tal forma que os súditos não se lesionem mutuamente. Portanto, uma lei que não é necessária, ao carecer do fim para o qual se destina, não é boa."

Ao pressuposto da necessidade é acrescentado o princípio da lesividade. O parâmetro utilizado é a categoria bem jurídico. Assim, o critério de criminalização seria a idoneidade do sistema em prevenir ataques concretos a bens jurídicos e não gerar efeitos perversos mais danosos que a conduta incriminada.<sup>10</sup>

Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo. Por isso, afirma Beccaria, remetendo a Montesquieu: "Todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico".

### **3 TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO**

O garantismo jurídico consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais encontram-se inseridos nas Constituições, direitos que são a base de um Estado Democrático de Direito.

Por um lado, os Direitos Fundamentais indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais representam o substrato da democracia material-constitucional. Significam a extensão de liberdades e de direitos sociais em sentidos opostos, mas dissociados, ambos, à realização das promessas constitucionais.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. p. 27.

<sup>11</sup> ROSA, Alexandre de Moraes da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. p. 13

Lenio Streck leciona que a teoria do garantismo pode ser concebida como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, podendo ser considerada o traço estrutural e substancial mais característico da democracia; garantias tanto liberais como sociais, expressam os direitos fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, assim, como tutela das minorias marginalizadas frente às majorias integradas.<sup>12</sup>

Alexandre Morais da Rosa, em sua obra *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*, afirma que a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais.<sup>13</sup>

Para Ferrajoli, precursor do modelo garantista, não há como admitir qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor, a prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

Esse modelo pode ser identificado como o modelo do *Estado de direito* – um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e, especificamente, o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei.

---

<sup>12</sup> STRECK, Lenio, O Trabalho dos Juristas na Perspectiva do Estado Democrático de Direito: Da Utilidade de Uma Crítica Garantista, in **Doutrina** (05).

<sup>13</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. p. 4.

Em um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal deve ser necessariamente mínima, expressando, apenas e exclusivamente, a idéia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que ele está inserido. O Direito Penal, devendo ser mínimo e garantístico, tem por missão a defesa dos direitos humanos.<sup>14</sup>

Para Gomes Canotilho e Vital Moréia, partindo da premissa dignidade humana, que tem íntima relação com o Direito Penal, pois este trabalha diretamente com a liberdade dos cidadãos, faz-se necessário entender que num Estado Democrático de Direito, um fato punível deve ser encarado tendo em vista a finalidade do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos penais.

Nenhum bem justifica uma proteção penal se o seu valor não é maior do que o dos bens privados pela pena.<sup>15</sup>

Nessa linha de pensamento, nenhum bem, por exemplo, justifica a pena de morte para prevenir sua lesão. Por outro lado, enquanto as penas consistam, antes de tudo, em longas privações de liberdade, são poucos, apesar da sua anormal expansão nas legislações dos nossos dias, os bens cuja tutela penal seja justificável. Ao contrário, são muitas as lesões que justificam curtas penas de prisão ou, melhor ainda, penas alternativas de limitação antes que privativas de liberdade. Isto significa que a diminuição das penas é condição necessária para justificar sua utilização como instrumento de proteção penal dos bens jurídicos. O limite mínimo infranqueável é, naturalmente, que a pena não se transforme, tal como acontece com as pecuniárias, num tributo, perdendo com isso toda eficácia dissuasória.<sup>16</sup>

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático - no sentido de que o povo é quem ostenta a máxima soberania, e não o legislador, que deve partir do reconhecimento da autonomia do homem, que é livre para

---

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 433.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 434.

orientar seu próprio destino - e de direito - que significa que o Estado não pode fazer nada fora dos limites fixados por ele mesmo<sup>17</sup>-, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves. Somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis para a convivência social é que devem ser incriminados. A afetação concreta (lesão ou perigo concreto) para o bem jurídico é uma condição *sine qua non* do *ius poenale* do *ius lebertatis*, isto é, é sua *ratio essendi*.<sup>18</sup>

Em matéria penal, sequer por unanimidade pode um povo decidir ou consentir que um homem morra, ou seja, privado sem culpa de sua liberdade: que pense ou escreva, ou não pense ou não escreva; que se reúna ou não com outros; que case ou não com determinada pessoa ou com ela decida ter ou não filhos etc. A garantia desses direitos correspondem a pré-condições de convivência, sendo que sua lesão por parte do Estado justificaria o dissenso, a resistência e, inclusive, a guerra civil.<sup>19</sup>

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desde o advento da Constituição federal de 1988, os direitos Humanos vêm ganhando cada vez mais relevância, tanto é verdade que o Estado Democrático somente se legitima se respeitados os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo a dignidade o mais importante deles, como bem asseverou o filósofo Kant.

A Teoria Garantista, servindo de limite ao poder estatal, pretende garantir a efetivação dos direitos fundamentais, prescritos na Constituição.

É fato que o modelo garantista pretende minimizar as injustiças cometidas em uma sociedade de tantas desigualdades, onde o Direito Penal é a arma mais poderosa do Estado, pois priva os cidadãos de sua liberdade.

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, **Derechos y garantías**. La ley del más débil, p. 19.

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio, **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. p. 89.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **El Derecho como Sistema de Garantías**, in Jueces para la Democracia (16-17). p. 65.

Em nome da dignidade da pessoa humana é possível descaracterizar a imposição de uma pena que seja maior que o necessário à purgação do crime.

Para tanto, é necessário falar e discutir sobre a matéria processual penal, como o fizeram os portugueses com a publicação do novo Código de Processo Penal (Lei nº 48, de 29 de agosto de 2007).

O Brasil mantém praticamente íntegro o Código de Processo Penal de 1941. É preciso mudar, inovar e adaptar nossas leis à realidade que se nos apresenta.

É preciso respeitar e garantir os direitos fundamentais, principalmente o mais importante deles, o da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, v. I.

CARVALHO, Amilton Bueno. CARVALHO Salo. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. Série as ciências criminais no século XXI,. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 6.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3 ed. São Paulo: RT, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Jures, 2005.

BORBA, Andréa Zimmermann de. Os princípios da lesividade e da necessidade no garantismo jurídico. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

STRECK, Lenio. O Trabalho dos Juristas na Perspectiva do Estado Democrático de Direito: Da Utilidade de Uma Crítica Garantista, in **Doutrina (05)**. Rio de Janeiro: ID, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2004.