

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DO CENTRO
UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

**TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL E OS MANDADOS DE
CRIMINALIZAÇÃO**

Mariana Padulla de Souza

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DO CENTRO
UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE

**TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL E OS MANDADOS DE
CRIMINALIZAÇÃO**

Mariana Padulla de Souza

Monografia apresentada como requisito parcial para Conclusão da Especialização *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal Penal, sob a orientação da Professora Fernanda de Matos Madrid.

Presidente Prudente/SP
2017

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL E OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista *latu sensu* em Direito Penal e Processo Penal.

Fernanda de Matos Madrid

Examinador 1

Examinador 2

Presidente Prudente, 03 de fevereiro de 2017.

Você tem que encontrar o que você gosta. E isso é verdade tanto para o seu trabalho quanto para seus companheiros. Seu trabalho vai ocupar uma grande parte da sua vida, e a única maneira de estar verdadeiramente satisfeito é fazendo aquilo que você acredita ser um ótimo trabalho. E a única maneira de fazer um ótimo trabalho é fazendo o que você ama fazer. Se você ainda não encontrou, continue procurando. Não se contente.

Steve Jobs

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a minha orientadora, Professora Fernanda de Matos Madrid, pelo caminho guiado e por permanecer sempre à disposição.

Aos meus pais, Maurício e Susimary, por terem me possibilitado todas as oportunidades de crescimento pessoal e profissional, e por serem exemplo a ser seguido.

Ao meu namorado, Murilo, por todo apoio e carinho durante mais essa etapa da minha vida, em especial por me ajudar a recuperar a vontade nos momentos que pensei em desistir.

A todos os colegas de profissão, que me ajudaram a persistir no caminho escolhido, enfrentando conjuntamente todas as adversidades da vida profissional.

Aos meus amigos que me ensinaram o valor e a força da amizade, e que nada valeria a pena se não fossem eles.

RESUMO

O presente tema tem respaldo no interesse pelas ordens emitidas pela Constituição Federal. Tais prescrições constitucionais devem ser observadas por todos os ramos do direito. Isso porque, todas as normas infraconstitucionais devem respeito à hierarquia do Texto Maior. No que se refere ao direito penal, existem, na Carta Magna, diversos mandamentos inseridos pelo poder constituinte originário e que são de acatamento compulsório pelo legislador ordinário. Ocorre que, por questão de segurança jurídica, nem todas as matérias mencionadas no texto constitucional puderam ser trabalhadas de forma plena. Algumas matérias por serem de fato relevante para o país e por merecerem status constitucional, foram apenas mencionadas no seu texto, mas tendo sido deixado a cargo da legislação infraconstitucional a tarefa de regulá-la. No caso dos mandados de criminalização, disse mais, ao deixar claro que aquilo mencionado em seu texto possuía dignidade penal e por isso deveriam receber a tutela do Estado. Mandados de criminalização, em poucas palavras, é o dever imposto pela Constituição ao legislador de criminalizar determinadas condutas em razão de sua relevância. A dizer, em decorrência de sua importância, o constituinte originário estabeleceu que determinados bens jurídicos devem ser protegidos pelo direito penal. O direito penal, apesar de seu caráter fragmentário e subsidiário, tem a obrigação de proteger determinados bens jurídicos, especialmente aqueles considerados relevantes e essenciais, e que não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do ordenamento. Em razão disso, e sopesando tais valores, é que o constituinte inicial trouxe para o corpo da Lei Maior tais ordens de criminalização. Cumpre então, ao legislador, em observância às suas atribuições, dar continuidade àquilo que foi previsto pela Constituição, evitando omissões e inconstitucionalidades.

Palavras-chave: Bens Jurídicos Penais. Evolução Histórica. Força Normativa da Constituição. Mandados de criminalização.

ABSTRACT

This theme has support in the interest in the orders issued by the Federal Constitution. Such constitutional provisions must be observed by all branches of law. This is because all the infra-constitutional norms must respect the text of Staff hierarchy. With regard to criminal law, there are, in the Constitution, various commands entered by the original constituent power and which are of compulsory compliance by the ordinary legislator. It turns out that, for reasons of legal certainty, not all the matters mentioned in the Constitution could be worked out in full. Some of the matters to be of material fact for the country and deserve constitutional status, were only mentioned in its text, but have been left to the infra-constitutional legislation the task of regulating it. Important to clarify at this point that the Brazilian Constitution is rigid, inflexible and has a tricky process for amendment. In the case of criminalization warrants, he said more, to make it clear that it mentioned in its text had criminal offense and therefore should receive state protection. Warrants criminalization, in a nutshell, is the duty imposed by the Constitution to the legislature to criminalize certain conduct because of its relevance. To say, because of its importance, the original constituent established certain legal rights should be protected by criminal law. Criminal law, despite its fragmentary and subsidiary character, has an obligation to protect certain legal interests, especially those considered relevant and essential, and which cannot be sufficiently protected by the other branches of the order. Because of this, and weighing these values, it is that the initial constituent brought the body of the highest law criminalizing such orders. Complies then the legislator in compliance with its duties, to continue what has been laid down by the Constitution, avoiding omissions and unconstitutional.

Keywords: Legal Assets Criminal. Federal Constitution. Criminal Law. Historic evolution. Constitution Normative Strength. Criminalization Warrants.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES E DIREITO PENAL	11
2.1 Evolução da Constituição: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.....	11
2.2 Breves Comentários a Respeito das Constituições no Brasil e Evolução do Direito Penal	18
2.3 O Código Penal de 1940 e suas Reformas	25
2.4 A Força Normativa da Constituição Federal	26
3 PRINCÍPIOS E REGRAS, GARANTISMO E FORMAS DE DETERMINAÇÃO DO PODER DE PUNIR DO ESTADO	31
3.1 Princípios e Regras	31
3.2 Garantismo Penal	35
3.3 Princípios Limitativos do Poder de Punir do Estado e Bens Jurídicos Penais ...	38
3.3.1 Bens jurídicos penais	39
3.3.2 Princípio da proporcionalidade: proibição do excesso e vedação à infraproteção	41
4 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO	45
4.1 Conceitos e Breves Comentários	45
4.2 Espécies de Mandados de Criminalização	47
4.2.1 Mandados de criminalização explícitos	47
4.2.2 Mandados de criminalização implícitos	50
4.3 Constituição como Limite ao Direito Penal: Obrigação Constitucional de Criminalização	51
5 CONCLUSÃO	54
BIBLIOGRAFIA	56

1 INTRODUÇÃO

O novo padrão estabelecido com a entrada em vigor do modelo político chamado Estado Democrático de Direito trouxe, em seu bojo, mudanças significativas no que tange às garantias individuais e coletivas. Essas transformações, influenciadas pela nova ordem, implicaram a atuação estatal cingida com os preceitos constitucionais.

Valores e garantias arraigadas na Constituição Federal fizeram com que o legislador infraconstitucional se amoldasse às vontades supremas, em respeito ao novo estado que se impunha.

O ponto de partida para estabelecer direitos fundamentais deu-se com a consagração dos bens jurídicos no Texto Maior, servindo como âncora ao legislador para nortear-se quanto à proteção efetiva de tais valores. A par de ter a Constituição Federal exaurido ou não o rol de bens jurídicos, certo é que o Direito Penal deve ater-se a valores que ali encontram respaldo.

A existência de bens jurídicos no Texto Constitucional traz à baila a questão dos mandados de criminalização. Segundo eles, o legislador constituinte elevou alguns bens jurídicos à categoria de fundamentais, determinando, assim, que alguns deles, dada sua importância, devem ser tutelados pelo Direito Penal. Nesse caso, não cabe ao legislador infraconstitucional qualquer discricionariedade a respeito de tipificar condutas que firam esses bens jurídicos, traduzindo-se em verdadeiras imposições de criminalização.

Evidente que o pretendido através dos mandamentos não é a completa anulação da liberdade do legislador ordinário em sua atividade precípua, todavia essa deliberação está vinculada aos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal e que devem ser respeitados.

Em algumas passagens é possível identificar com facilidade a vontade constitucional ao vincular a atividade legislativa à proteção de bens jurídicos; já em outras, ainda que de maneira turva, é viável extrair essa vontade através de um estudo sistemático do ordenamento jurídico.

É válido dizer que o princípio da proporcionalidade, no que se refere aos mandados de criminalização, serve como balizador das medidas tomadas. Isso porque, como a tutela acontece a nível constitucional, está proibida a infraproteção penal de tais valores.

A discussão trazida a contexto torna-se mais complexa ao analisar, conjuntamente, a Constituição Federal, os bens jurídicos por ela abarcados e a Teoria Constitucional do Direito Penal.

Nesse contexto é que tem início o estudo dos mandados de criminalização, derivado da existência do Estado Democrático de Direito e de valores superiores, aos quais a tutela penal faz-se imprescindível.

No presente estudo foi utilizado o método dedutivo e histórico de exposição, com o objetivo de alcançar uma discussão bastante sólida a respeito da rigidez constitucional, além de discutir a teoria constitucional dos mandados de criminalização, sua origem e conceito.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES E DIREITO PENAL

O Estado, da maneira que se conhece hoje, galgou caminhos para chegar até aqui.

Várias foram as mudanças que contribuíram para a formação dos Estados Democráticos de Direito ao redor do mundo: mudanças no cenário social, político, religioso, filosófico entre outras.

Evidente que cada comunidade tem sua própria evolução, particularidades que levaram os Estados a ter, cada qual, sua própria Constituição, de acordo com seu contexto político, histórico e os costumes de seu povo.

A Constituição é o retrato do país.

Nas palavras de Mônia Clarissa Hennig Leal (2003, p. 1):

A Constituição, não é de hoje, afigura-se como o instrumento político-jurídico mais importante da organização social, sendo sua superioridade hierárquica amplamente reconhecida. Seus conteúdos e caracteres, contudo, sofreram algumas profundas alterações ao longo do tempo, fruto das influências de cada momento histórico.

Certo que nem todas as trilhas levam ao mesmo destino. No entanto, quando se trata de evolução, podem-se eleger momentos históricos que contribuíram, de forma geral, para a construção da democracia.

2.1 Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

O direito constitucional e a Teoria da Constituição passaram por inúmeras mudanças nos últimos séculos. A partir disso, resultou um conjunto vasto de transformações que afetaram todo o modo como se conhece o direito hoje.

A Constituição não é um fim em si mesmo, mas surgido a partir de conquistas galgadas durante décadas e décadas, e que se estenderá por toda a humanidade. Nas palavras do ilustre Professor Doutor Luís Roberto Barroso (2009, p. 45):

A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados.

Mas nem sempre foi assim.

Como já dizia o filósofo Parmênides (530-460 a.C.) “nada nasce do nada”. Posto isso, o caminho para chegar até o Estado Democrático de Direito que se tem notícia foi demasiadamente extenso.

A construção do Estado de Direito envolveu debates teóricos e filosóficos intensos.

Historicamente, tem-se que as primeiras Constituições surgiram na Idade Moderna, apesar de haverem registros datados de épocas muito anteriores.

O Iluminismo teve grande influência nos pensamentos e quebras de paradigmas herdados da Idade Média, tempo regido pelos senhores feudais, isso porque, para a construção de novas ordens, as antigas devem ser reformuladas ou até mesmo extintas.

Nesse sentido, segue entendimento de Luís Roberto Barroso (2009, p. 9):

O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação.

O movimento Iluminista promoveu grandes mudanças políticas, sociais, econômicas, propostas pela burguesia ascendente e dirigidas pelos ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.

Desaparece a ideia de Estado vinculado ao poder divino que dominava o período feudal; dá-se lugar ao Contratualismo.

Nestes termos, emprega Cinthia Robert (2006, p. 25):

Com a Revolução Francesa, chegou ao seu auge a chamada Crise do Antigo Regime (...). A Revolução, iniciada na França em 1789, representou um golpe mortal no Absolutismo, no poder da Igreja e da Nobreza, notas caracterizadoras do Antigo Regime.

Partindo do pressuposto de que o homem é anterior ao Estado e, de acordo com a Teoria do Contrato Social surgida nesse período, nasce o ideal de que o Estado deve servir aos anseios do homem, motivo pelo qual é o homem quem deve impor limites ao poder do Estado, não o contrário.

Nas palavras do Professor Maurizio Fioravanti (1999, p. 103):

Las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular. Se trata, en pocas palabras, del poder constituyente que los colonos americanos ejercieron primero en 1776, con la finalidad de declarar su independencia de la madre patria inglesa y, después, en los años siguientes, con la finalidad de poner en vigor las constituciones de los distintos Estados y la Constitución federal de 1787. Poder constituyente que los mismos revolucionarios franceses ejercitaron a partir de 1789, con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política.

Como se verificará, “os incipientes direitos do homem, jungidos a uma perspectiva liberal, clamariam por um alargamento, o que se verificou a posteriori no momento da inclusão dos direitos sociais nas Constituições” (ROBERT, 2006, p. 25).

Assim, essa experiência jusnaturalista vem atrelada à perspectiva de que o Estado passa a ter, agora, um sistema de mensurabilidade de todas as suas emanções de poder. Isso quer dizer que o Estado, para manifestar qualquer ato, seja de administração ou de poder, pressupõe a existência de normas preestabelecidas.

O Estado, então, adquire competência e atribuições estabelecidas em lei – melhor instrumento capaz de assegurar os direitos individuais.

Historicamente, o Estado Liberal burguês se apresenta concomitantemente ao movimento democrático. À época, a democracia surgia como uma tendência geral seguindo o ideal iluminista pautado pelo Liberalismo que pregava pela manutenção das liberdades inerentes aos indivíduos.

Ocorre que, para que a lei vinculasse também o Estado, era necessário que ela fosse dotada de um status diferenciado – surge, portanto, a ideia de lei constitucional.

A universalização do conceito formal de Constituição aparece pela primeira vez para concretizar a crença no padrão legalista do direito; “é o mito da lei como fornecedora de toda a segurança necessária ao convívio social” (ROBERT, 2006, p. 167).

A partir daí, abriu-se o caminho para a concepção de Constituição e sua superioridade hierárquica, atendendo aos ideais de segurança jurídica exigida à época, conforme explica Nicola Matteucci (1998, p. 25):

Se quiere una constitución escrita no sólo para impedir un gobierno limitado, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el

Estado los viole. En efecto, la constitución no sólo regula el funcionamiento de los organismos del Estado, sino que además consagra los derechos de los ciudadanos, puestos como límites al poder del Estado. Para esta finalidad, la constitución debe ser rígida e inflexible, en el sentido de que sus normas no pueden ser modificadas ni interpretadas por el poder legislativo ordinario, ya que son superiores jurárquicamente.

Nesse sentido e, para essa fase do Liberalismo, a Constituição se perfaz num instrumento neutro de garantia dos direitos individuais contra o poder do Estado. Por ser assim, os princípios desse momento histórico são o da distribuição e da organização.

O primeiro princípio ensina que, por ser o homem anterior ao Estado, sua liberdade é, em princípio, ilimitada, e a do Estado, limitada.

O segundo princípio, mais tarde, dará lugar ao que se conhece hoje pelo princípio da separação dos poderes, dando ênfase ao caráter limitado da atuação do governo em face de seus governados.

Dando fim ao breve estudo do período liberalista, pode-se dividir esse período histórico em três fases (ROBERT, 2006, p. 167):

A primeira fase do pensamento liberal reúne um conjunto de ideias e práticas políticas que visavam assegurar aos cidadãos os direitos básicos e exigir dos governantes o respeito mínimo da vontade popular. (...) O pensamento Liberal de segunda fase se faz sentir, sobretudo na esfera econômica (...) no sentido de que o mercado tem suas próprias regras (leis da oferta e da procura), daí a necessidade de um estado mínimo, não intervencionista. (...) Na terceira fase do pensamento Liberal se observa o desencadeamento de vários movimentos em busca de melhorias para a população, marcada ainda pelo avanço do capitalismo industrializado.

Seguindo esta esteira de direitos, a Revolução Francesa proclamou a ideologia de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, possibilitando a insurgência de uma gama de direitos, conhecidos como geração ou dimensão de direitos.

Para Paulo Bonavides (2011, p. 563), “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo”.

Por conseguinte, a primeira geração de direitos trata daqueles intimamente ligados ao valor liberdade, resguardando direitos políticos e civis. Referidos direitos exigem uma atuação negativa do Estado, vale dizer, são direitos individuais de caráter negativo por pressuporem uma abstenção do Estado.

Com objetivo de melhor ilustrar a primeira dimensão, segue o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 46/47):

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição.

Assumem particular destaque nessa geração o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Os direitos de primeira geração “são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos” (BONAVIDES, 2011, p. 563).

A segunda geração de direitos, continuando, está ligada à igualdade – direitos sociais, econômicos e culturais – e constituem direitos coletivos, os quais exigem a atuação real e concreta por parte do Estado.

Daniel Sarmento (2010, p. 19) fala sobre a segunda dimensão de direitos fundamentais:

O advento desta segunda geração de direitos fundamentais impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventistas. O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Nas bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares.

Os direitos pertencentes a esta geração cuidam da liberdade patrocinada pelo agente público e outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais como saúde, educação e assistência social.

Já os direitos de terceira geração ligam-se à noção de fraternidade, solidariedade, garantindo valores transindividuais, na proteção do gênero humano. Exemplo disso é a proteção do meio ambiente, à autodeterminação dos povos e a paz.

Convém trazer à baila os ditos de Paulo Bonavides (2011, p. 569):

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto os direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Por fim, e não menos importantes, estão os direitos à democracia, informação e pluralismo que se perfazem na quarta geração e que para o autor acima (2011, p. 571), “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Notório destacar que o surgimento (ou avanço) de direitos não exclui outros já conquistados. É o que se chama da proibição do retrocesso em direitos individuais e sociais.

Esclarecidos os pontos supramencionados, é possível dizer que os direitos fundamentais traçam uma trajetória que pode ser dividida em dois grupos: Estado Liberal e Estado Social.

Apesar das grandes transformações trazidas pelo Liberalismo, influenciada pelo pensamento iluminista, a figura absentista do Estado gera uma extrema desigualdade social, que vai de encontro ao ideal de igualdade utopicamente buscado.

Diante desse cenário, no final do século XX surgem fortes movimentos sociais, trazidos à tona pela explosão capitalista, o desenvolvimento industrial, a exploração do homem pelo próprio homem e as lutas operárias (ROBERT, 2006, p. 170).

Essa nova fase é denominada Estado Social.

O grande nome dessa etapa é Hermann Heller. Para ele, não era necessário abdicar de tudo o que fora até aqui conquistado, mas sim adequar o Estado de Direito, dando a ele uma nova roupagem voltada para o desenvolvimento da democracia social.

Este novo modelo de estado denominado Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) mostra-se como uma adaptação aos novos tempos, em que a busca pelos direitos sociais cresce.

Nesse sentido, para não sucumbir ao socialismo, mais fácil é o caminho em que a elite dominante cede para manter-se no poder.

Elucidativa é a posição adotada por Mônia Clarissa Hennig Leal (2003, p. 14):

Diante de tal quadro, o Estado não pode mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais e passando de ente de postura negativa (com o simples dever de não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados) a promotor de bens e serviços – devedor de uma prestação positiva – como forma de assegurá-los a uma parcela mais abrangente da sociedade, sendo que as categorias sociais desfavorecidas passam a ser beneficiárias de um tratamento diverso (discriminação positiva), de acordo com a ideia de que devem ser tratadas desigualmente situações desiguais.

O *Welfare State* manifesta-se a meio termo do capitalismo e socialismo.

Não basta o reconhecimento formal das liberdades e igualdades de cada cidadão, era necessário fornecer condições mínimas para efetivar tais direitos. Ao que tudo indicava, o funcionamento livre da sociedade de maneira econômica e social não era capaz, por si só, de assegurar justiça do ponto de vista material.

O Estado deixa de lado sua neutralidade e assume responsabilidades políticas, transformando a estrutura social e econômica vigentes – há o alargamento de políticas públicas, especialmente no que tange à saúde e educação.

A população em geral passa a exigir a atuação estatal em prol da sociedade emergente, pugnando por “uma estrutura programática, compreendendo sempre um elemento de ‘utopia concreta’ cuja realização é dependente de ação política” (LEAL, 2003, p. 17).

Ciente disso, a doutrina ainda aponta, nesse estágio, para o movimento de internacionalização dos direitos humanos, notoriamente surgido pós-Segunda Guerra.

A partir daí, a Teoria Constitucional transmuda-se, dando azo aos princípios constitucionais evoluírem para normas hierarquicamente superiores às demais, cedendo origem ao conceito de Estado Democrático de Direito, em substituição ao Estado Social.

Em contrapartida ao poder constituinte de estrutura programática, agora, as normas fundamentais assumem um papel de aplicabilidade imediata e sem a necessidade de intervenção de uma norma para conferir-lhe efeitos concretos.

Os direitos fundamentais ganham plena eficácia, conquistando natureza de normas autoaplicáveis de caráter finalista; são as chamadas *norme di scopo* (Carlo Lavagna), “normas obrigatórias, devendo as instancias estatais não só respeitá-las como também implementá-las, pelo que se apresentam não só como um valor impeditivo, mas também impositivo” (LEAL, 2003, p. 18).

O novo modelo de Estado destaca-se por meio de seus princípios norteadores e, dentre todos eles, sobressai-se o da dignidade da pessoa humana. Nesse panorama, os direitos fundamentais se irradiam por todos os campos do ordenamento e para fora dele.

O Estado Democrático não é um estado com algum qualquer conteúdo, mas sim detentor de uma legalidade qualificada, baseada em princípios e valores supremos.

Traçadas essas premissas, cabe dizer que a Constituição é o retrato de seu povo e de seu desenvolvimento histórico, representando a comunidade que lhe dá origem.

2.2 Breves Comentários a Respeito das Constituições no Brasil e Evolução do Direito Penal

No Brasil, assim como em toda a América-Latina, o processo de constitucionalização desenvolvido na primeira metade do século XIX fundia organização política e liberalismo, trazido dos países mais desenvolvidos.

A primeira Assembleia Constituinte do Brasil data de 1822, mesmo ano em que foi proclamada a Independência da República, no dia sete de setembro.

Em 1823, foi convocada, por D. Pedro I, a primeira Assembleia Constituinte, formada por membros da alta sociedade civil tais como médicos, juristas e oficiais armados. Esta assembleia, mesmo tendo sido dissolvida por vontade do próprio convocante tempos depois por questões políticas, elaborou um projeto de Lei Maior. Todavia, esse projeto não era dotado de originalidade, sendo nada mais do que uma compilação de outras Constituições estrangeiras já existentes (CARVALHO, 1992, p. 17).

Logo após a extinção da primeira assembleia, o Imperador instituiu um Conselho de Estado, através de decreto, com finalidade específica de elaborar um projeto de Constituição sob sua supervisão.

Em 1824 nasce a primeira Constituição, nomeada Constituição do Império e outorgada pelo então monarca, D. Pedro I (CARVALHO, 1992, p. 17).

Neste período, vigoravam no Brasil as Ordenações do Reino, mais especificamente as Ordenações Filipinas, que tiveram aplicação até 1830, quando foi elaborado o Código Criminal do Império, sob a égide da Constituição de 1824 (ESTEFAN, 2015, s.p.).

Nas palavras do Professor Mestre Cleber Masson (2008, p. 58), essa época foi marcada pela vingança pública, e todas as ordenações se orientavam no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições, as quais objetivavam infundir o medo na população.

As Ordenações Filipinas (1603), assim como suas antecessoras (Ordenações Afonsinas e Manuelinas), tinham como característica as penas cruéis e desproporcionais. Nessa época, Portugal, buscava impor a cultura do temor pelas punições como forma de controle social (ESTEFAN, 2015, s.p.).

Com o advento do Código Criminal do Império de 1830, ocorreram significativos avanços na área criminal, notadamente no que tange a adoção de princípios liberais da Carta Imperial (CARVALHO, 1992, p. 18).

Neste momento histórico, há um grande passo para a cultura penal que se tem hoje: houve grande avanço humanitário, deixando de lado as penas cruéis como tortura e açoite, por exemplo, além de instituir, ainda que de forma primitiva, o princípio da personalidade da pena, proibindo as consequências penais de um delito atingir seus descendentes.

Para completar todo o sistema, em 1832 foi promulgado o primeiro Código de Processo Criminal que se tem notícia.

Em 15 de novembro de 1889 foi proclamada a República. Logo em seguida, 1891, eclode a Constituição Republicana. Esse novo modelo constitucional já nasce contaminado pelos ideais liberais surgidos ao redor do mundo por intermédio das revoluções (CARVALHO, 1992, p. 18).

No tocante a esse fato, vale transcrever as palavras de Marcos Wachowicz (2000, p. 94):

Os países latino-americanos nasceram à sombra do liberalismo. É oportuno diferenciar duas perspectivas da ideologia liberal: na Europa, o liberalismo visava à eliminação dos entraves da monarquia absoluta e, assim, apresentava-se como um problema mais restrito à política interna de cada país. Na América, o liberalismo achava-se vinculado ao processo de

emancipação nacional das antigas colônias, assumindo, além do caráter de luta pela libertação do povo, o sentido da definição da personalidade nacional.

A primeira Constituição Republicana (1891) é tida como marco do pensamento constitucional brasileiro, dando cabo ao sistema monárquico que ainda vigorava no país.

Nota-se que, um ano após a derrocada da monarquia, reuniu-se o Congresso Constituinte e reconheceu os poderes da Carta de 1891, bem como a forma de estado nela prescrita: a República.

Importante a reflexão sobre este momento histórico positivado por Márcia Dometila Lima de Cravalho (1992, p. 18):

Destarte, a Constituição Republicana nasceu prometendo organizar um regime livre e democrático e, entre outras façanhas, derrubou os privilégios da nobreza hereditária, decretou a laicização do ensino público, introduziu novidades na declaração de direitos. Ao sabor do liberalismo em voga, aboliu a pena de morte e, solidificando o Estado de Direito estabelecido pelo regime republicano, declarou, no seu artigo 78, que a especificação das garantias e direitos, expressos nela, não excluiria outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo estabelecida e dos princípios consignados.

Antevendo a proximidade da República, em 1890 surge o Código Penal. Ocorre que, como tal *códex* foi encomendado às pressas a Batista Pereira, a obra continha inúmeras imperfeições, deixando de lado consideráveis avanços doutrinários, além de conter graves erros técnicos, o que dificultava sua aplicação. Referido Código ignorou tendências mundiais já experimentadas em razão do positivismo.

Em atenção a esse código falho, inúmeras leis esparsas tiveram de ser editadas e a malha criminal do país se transformou em verdadeira colcha de retalhos.

Diante dessa dificuldade – existência de incalculáveis leis penas extravagantes, em 1932, Vicente Piragibe compilou as leis então vigentes na chamada Consolidação das Leis Penais, o que facilitou a aplicação das leis penais e serviu até a grande reforma penal que viria com o Estado Novo (CARVALHO, 1992, p. 18/19).

A verdade é que “faltava, ainda, no País, uma ciência penal capaz de oferecer os fundamentos científicos à legislação sobre a matéria” (CARVALHO, 1992, p. 19).

A Revolução de 1930 muda todo o cenário estabelecido até o momento.

A insurreição revolucionária, de baixa adesão popular, traduzia-se num movimento político-militar idealizando um novo Estado Democrático que alcançasse a realidade do Brasil. Eram reivindicações de um liberalismo econômico inadequado, além da grave crise econômica mundial de 1929 e as primeiras manifestações sociais brasileiras (CARVALHO, 1992, p. 20).

Os movimentos fizeram com que o país precisasse ser retornado à ordem legal através de um processo de reconstitucionalização.

Finalmente, o processo revolucionário deflagrado a partir da década de 30 obteve apoio nacional para formalizar uma Assembleia Constituinte com fim específico de instaurar o processo para formalização de uma nova Carta Política. Assim assevera Marcos Wachowicz (2000, p. 115).

Os constituintes possuíam uma tarefa difícil, a de dar ao Brasil uma Constituição de acordo com a realidade social e econômica. Nesse sentido, baseara-se, em princípio, no modelo alemão de Weimar e na evolução do constitucionalismo europeu do pós-guerra, o que trouxe para o texto constitucional preceitos sobre a ordem econômica e social, distanciando-se dos velhos padrões que apenas delineavam politicamente as nações.

Em 1934, enfim, é promulgada a nova Carta, que também fortaleceu a União em relação aos Estados-membro.

Logo em seu preâmbulo, a nova Constituição destacava o regime democrático e valores como o bem estar econômico e social, a liberdade e a justiça, fortemente influenciada pela Constituição de Weimar da Alemanha.

Pouco tempo após sua promulgação, o golpe de estado de 1937 rejeitou a recém-promulgada Constituição sem, contudo, excluir os direitos econômicos e sociais preconizados na carta precedente.

Implantou-se, assim, a nova ordem ditatorial denominada Estado Novo.

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo (SILVA, 2013, p. 85).

Não raras vezes, a Carta do Estado Novo sofria emendas, vinte e uma no total, de acordo com as necessidades do momento e conveniência do próprio chefe do governo.

Em 1940, antes de finda a ditadura que perdurou até 1945, desponta um Novo Código Penal, inspirado na legislação italiana e suíça.

Fugindo à influência do regime ditatorial instalado no país, o código incipiente mostrou, de uma forma geral, um direito punitivo democrático e liberal.

Ao término da II Guerra Mundial, houve a recomposição dos princípios constitucionais, a reforma das Constituições existentes, ou até a promulgação de outras a exemplo de países como França e Alemanha (SILVA, 2013, p. 87).

No Brasil pós-guerra, que havia se aliado contra a ditadura nazifascista, também começaram movimentos de redemocratização do país.

O processo de transição tem início com a convocação, pelo próprio Presidente da República que exerceu o cargo durante o Estado Novo, vendo-se extremamente pressionado, de uma nova Assembleia Constituinte.

O novo modelo democrático, destituindo Getúlio Vargas da presidência/ditadura, previa, desde já, eleições diretas para presidente e vice-presidente, além de devolver o sistema bicameral ao Poder Legislativo.

Tão logo se iniciou o ano de 1946, tão logo foi instituída a Assembleia Nacional Constituinte que, mais tarde no mesmo ano, promulgou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 18 de setembro de 1946 (CARVALHO, 1992, p. 20).

Mais uma vez, inicia-se uma nova fase política marcada pelo restabelecimento do Estado de Direito (ROBERT, 2006, p. 56).

O processo constituinte ocorrido com a Revolução de 1964 provocou graves ferimentos na Constituição de 1946, o que, indubitavelmente, levou a sua substituição pela Carta de 1967.

A Carta de 1967 “não é enquadrável na classificação de Constituição outorgada ou promulgada. Não se encontra no seu preâmbulo nem o princípio autocrático da outorga nem o democrático do Poder” (WACHOWICS, 2000, p. 138).

Como se verifica, o Ato Institucional 4, datado de dezembro de 1967, não convoca uma Assembleia Constituinte, nem outorga um novo texto legal, mas sim prevê a elaboração de um anteprojeto pelo recém-formado Congresso Nacional. O poder constituído (o Congresso Nacional em completo exercício de suas atribuições legislativas) assume plena competência de Poder Constituinte Originário (CARVALHO, 1992, p. 21).

Importante esclarecer que a Constituição de 1967 tinha cunho eminentemente militar.

Todavia, tão logo em 1969 é feita uma Emenda Constitucional que, tecnicamente, tratou-se de nova Constituição de caráter também militarista, posto que o texto foi integralmente reformulado, inclusive ganhando nova denominação: Constituição da República Federativa do Brasil.

A emenda constitucional nº 1/69, outorgada pelos Ministros das Forças Armadas, acentuou o caráter autoritário da Lei Maior. Após essa emenda, seguiu-se o Ato Institucional nº 5 de 1968, que provocou um colapso do Estado de Direito, como explica Marcos Wachowicz (2000, p. 152):

A ditadura militar brasileira admite o enfoque da sua estruturação no binômio da racionalidade da eficiência (a “reconstrução econômica”) e do sucesso (o “milagre brasileiro”). Pautada num regime burocrático-autoritário, sofreria um “choque” com a crise mundial do petróleo em 1973, que paulatinamente causaria problemas na balança de pagamentos e aumento da dívida externa. Esse conjunto de situações levaria ao questionamento da eficiência político-econômica do regime, que pela falta (ou limitação) de participação do Poder minaria a legitimidade da coalização tecnocrático-militar.

Dessa forma, começa um novo processo de redemocratização brasileira e, de acordo com José Afonso da Silva (2013, p. 90):

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direita do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.

A Nova República pressupõe uma fase de transição entre o autoritarismo vigente na ditadura militar e a nova ordem constitucional.

A nupérrima realidade do país tem início com a Nova República, deixando evidente o término de um clico político e começo de outro. A transição política ensejava a transição constitucional completa, e assim foi feito.

Nova Assembleia Constituinte, livre e soberana, é convocada no ano de 1985 pelo Presidente José Sarney (vice do eleito Tancredo Neves, morto antes

mesmo de assumir o cargo da alta chefia do Poder Executivo), a se reunir em 1987 para aprovação do novo modelo constitucional (SILVA, 2013, p. 91).

Finalmente, em 05 de outubro de 1988, é promulgada a Constituição Federal que, em seu preâmbulo, preconiza:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A nova Lei Constitucional de 1988 colocou fim a um longo período de anestesiamento democrático.

Quanto ao direito penal, como dito alhures, vige desde 1940, quando as condições politico-econômica-sociais eram outras e foram, no decorrer do percurso, pouco a pouco modificadas.

Evidente que, se vige atualmente o Código elaborado no século passado, este foi recepcionado pela Nova Ordem emergida em 1988.

Desde aquela época, o código foi alterado diversas vezes por leis contemporâneas, a mais importante delas é a Reforma da Parte Geral do Código Penal ocorrida em 1984 pela lei nº 7.209.

2.3 O Código Penal de 1940 e suas reformas

O Código Penal vigente no Brasil foi criado pelo Decreto-Lei nº 2.848, de sete de dezembro de 1940, pelo Presidente Getúlio Vargas durante o Estado Novo. O atual código é o terceiro da história do Brasil e o mais longo em vigência.

Seguindo a tendência político-criminal de seu tempo e, inspirado nos códigos criminais italiano (de 1930) e suíço (de 1937), foi editado um novo Código Penal.

Apesar da criação em 1940, o atual Código só entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 com as seguintes características (ZANON, 2000, p. 221):

O Código Penal é estatuto de cunho democrático e liberal; considerou os motivos determinantes do crime e a pessoa do criminoso; não seguiu

Corrente ou Escola determinadas; adotou política de conciliação, incluindo postulados clássicos e positivistas. Incorporou em norma o princípio da reserva legal – *nullum crimen sine praevia lege* – (inaplicado às Medidas de Segurança); o sistema do duplo binário (aplicação da pena e de Medida de Segurança, concomitantemente, nas espécies); a pluralidade das penas: reclusão e detenção; a exigência do início da execução para configuração da tentativa (art. 12, do Código Penal); o sistema progressivo para o cumprimento das penas privativas de liberdade; a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, etc.

O código deu continuidade a clássica divisão em parte geral e parte especial como já era adotado nos códigos anteriores, e continua em vigência até hoje, especialmente no que tange a parte especial, uma vez que a parte geral sofreu grande reforma no ano de 1984.

A reforma da parte geral aconteceu após a frustrada tentativa de substituir o código existente por um inteiramente novo em 1969, mas que foi revogado em 1978 antes mesmo de entrar em vigor.

Ante ao fracasso, em 1980 foi elaborada uma comissão composta por renomes como Miguel Reale e Francisco Serrano Neves e presidida por Francisco de Assis Toledo (WACHOWICZ, 2000, p. 155).

Entre outras mudanças trazidas pela lei 7.209/84 estão: a reformulação do instituto do erro, diferenciando-se erro de tipo e erro de proibição; alteração na norma que cuida do concurso de agentes e o liame subjetivo entre eles; a extinção do sistema do duplo binário das medidas de segurança.

Tais mudanças podem ser explicadas por Luís Paulo Sirvinkas (2003, p. 50):

Tal reforma seguiu uma linha totalmente diferente dos códigos anteriores, afastando o caráter neo-idealista autoritário, inserindo-se um direito penal da culpabilidade. Todo o sistema penal está fundado nos direitos humanos.

Várias foram as inovações inseridas na Reforma da Parte Geral do Código em 84, e a principal delas foi a criação das penas restritivas de direitos consistentes na interdição temporária de direitos, limitação de finais de semana e prestação de serviços à comunidade.

Durante a reforma, é interessante citar a passagem escrita por Vicente Amêndola Neto (1997, p. 69):

A nova lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena

relevância, evitando-se o encarceramento dos seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade como indispensável à responsabilidade penal.

Embora tenha sido elaborado durante a ditadura militar, o Código Penal de 1940 incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal.

O hodierno Código Penal é um diploma legal relativamente extenso, todavia não esgota toda a matéria penal prevista na lei brasileira, motivo que justifica a quantidade extraordinária de leis penais especiais.

Gerado em 1940, o código passou, ao longo dos anos, por modificações com o propósito de modernizá-lo e torná-lo mais coerente com a atual conjuntura social.

A última grande reforma do Código Penal aconteceu em 2009, reformulando a parte que trata sobre os crimes contra a dignidade sexual.

2.4 A Força Normativa da Constituição Federal de 1988

Atualmente, pode-se dizer que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, segundo lição do art. 1º da Constituição Federal, caracterizado por uma legalidade revestida de valores e princípios materiais que, nada mais são, do que o alicerce de todo o ordenamento jurídico hodierno.

A Constituição Federal é o maior instrumento político do país, traça premissas basilares do Estado de Direito e limita a atuação deste em face de seus governados, garantindo as liberdades individuais.

Nas palavras do ilustre José Afonso da Silva (2013, p. 91):

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

A Constituição é o modelo a ser seguido por todos os demais ramos do direito, é o ápice da cadeia normativa de um Estado. Bem ensina German J. Bidart Campos (2004, p. 88):

La constitución, como orden jurídico de base se establece para ser cumplida. Y cumplida en lo que prohíbe, en lo que manda hacer, en lo que permite e habilita. Todo ello de modo comprensivo y abarcativo de sus principios, sus declaraciones, sus valores.

(...)

Por otra parte, la clásica versión de la supremacía de la constitución, que empieza postulando que el ordenamiento jurídico – y sus fuentes – viene encabezado por ella, no se detiene en tal enunciado porque, después de situar a la constitución en el rango prelatorio que la asigna la cúspide de la pirámide jurídica, y de subordinarle todos los planos que le son inferiores, significa que ese “estar en el vértice” apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y oblogación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones “inter privados”) de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla – ni por acción ni por inacción.

E, mais a frente, o mesmo autor continua (2004, p. 89):

El viejo principio de supremacía erige a la constitución en norma fundamental y fundacional, en fuente primaria del orden jurídico, y en pauta de validez de las normas infraconstitucionales – tanto por su forma de creación y por su origen, cuanto por su contenido. No es incompatible visualizar a la constitución como cúspide de la pirámide jurídica, y como centro del ordenamiento jurídico, al que dota de unidad desde su propia unidad.

É possível visualizar a Constituição como o topo de uma pirâmide jurídica e, por assim ser, confere *status* constitucional a seus comandos que sobrepõe-se às demais normas de menor hierarquia, ao mesmo tempo que atribui legitimidade às normas infraconstitucionais que com ela (Constituição) se compatibilizam.

A força normativa da Constituição refere-se à efetividade plena das normas contidas na Carta Magna de um Estado.

A robustez imperativa das normas constitucionais traduz-se na capacidade que esta tem de obrigar que outra norma de cunho inferior se concretize, para que seja aplicada desta ou daquela forma ou, até mesmo, para que uma norma não seja feita/aplicada (caráter absentista).

Preleciona Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (1999, p. 63) que o mandamento supremo da Constituição deve ser obedecido:

Para cumprimento dessa função é indispensável que se reconheça à Constituição a capacidade de exprimir com supremacia o processo de decisão do Estado. A plenitude da supremacia leva-nos a concluir que toda Constituição necessita exprimir uma força normativa em todas as suas partes,

para lograr obter o que o princípio da supremacia pretendeu assinalar: o cumprimento, a eficiência, a aplicação da Constituição.

E para que ela seja aplicada é mister que se confira a ela – Constituição – um caráter quase divinal. Ela é o parâmetro a ser levado em consideração para a elaboração das demais normas.

Mais do que parâmetro, a Constituição é um instrumento de governo, servindo de base para toda a estrutura jurídico-política do Estado. E, sendo assim, necessário que ela tenha domínio sobre as demais.

Nessa linha de raciocínio, continua o mesmo Professor Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1999, p. 65):

Essas referências ao conceito (ou conceitos) e funções da Constituição revelam que os pontos fundamentais em discussão podem ser reconduzidos a duas premissas básicas. De um lado, a ideia de lei fundamental como instrumento material e processual de garantia. De outro, à tese de que as Constituições, no mundo contemporâneo, podem e devem ser também programas ou linhas de direção para o futuro.

Isso porque a Lei Maior deve guardar relação com o ambiente em que está inserida. Deve existir uma simbiose entre o plano jurídico (norma jurídica/Constituição) e o plano fático (realidade).

Imperiosa se faz essa correlação entre realidade e norma, pois sem isso não há que se falar em plena eficácia da Constituição.

De acordo com a força normativa da Constituição que, diga-se, é um dos princípios fundamentais, pode-se conferir uma direção na interpretação do texto constitucional e demais comandos normativos.

Para aplicar normas constitucionais é preciso ter em conta a força mandamental da Constituição. Trata-se, contudo, de preceito intimamente ligado à própria soberania da Magna Carta, no sentido de lei fundamental de um Estado, e que confere legitimidade para o restante do ordenamento.

Como dito alhures, para que seja conferida plena força normativa ao Texto Constitucional, não basta sua previsão expressa em texto, mas sim que verse sobre os fundamentos basilares da nação e seus respectivos anseios.

O princípio da força normativa teve como principal precursor Konrad Hesse que ensina ser toda norma constitucional revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de ser considerada “letra morta”.

Embasando o que aqui já foi dito, para o doutrinador alemão “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” (HESSE, 1991, p. 20).

A norma constitucional somente consegue atuar com perfeição se buscar construir um futuro com as bases firmes do presente. Em outras palavras, a máxima efetividade da Constituição vincula-se à necessidade de seu tempo. Assim, o Texto Maior não deve existir apenas no plano teórico, mas possível de ser colocado em prática.

Vale, aqui, ressaltar o que disse Konrad Hesse sobre o tema em discussão (1991, p. 19):

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - , não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

Para esse jurista, a lei fundamental somente será vista com força ativa se ela for capaz de produzir uma influência enérgica e eficaz, orientada de acordo com as diretrizes insculpidas no Texto Maior. É necessário que haja uma consciência geral de vontade de constituição, e não de poder. Além disso, a vontade de constituição também baseia-se na compreensão da importância de uma ordem normativa resistente, que proteja o Estado contra seus próprios arbítrios.

O princípio da força normativa é um dos pilares da teoria da abstrativização, uma vez que embasa a vontade de constituição como algo preponderante a ser considerado nas decisões dos responsáveis pela ordem constitucional.

Ante todo o exposto, resta claro que para que a Constituição seja dotada de força normativa é preciso que exista reciprocidade entre ela e a realidade político-social, além de investigar quais os propósitos nela inseridos para que sejam evitados, também, os desmandes do Estado.

Concluindo, a força normativa traduz-se no poder que a Norma Constitucional tem de impor-se perante as demais normas, para que seja dado à Constituição sua máxima eficácia a fim de mandar fazer ou, ao contrário, abster-se.

3 PRINCÍPIOS E REGRAS, GARANTISMO E FORMAS DE DETERMINAÇÃO DO PODER DE PUNIR DO ESTADO

Dando continuidade, esclarecedora é a análise de alguns elementos que rodeiam o tema em debate.

Para iluminar o caminho do entendimento, discorre-se quanto ao papel de princípios e regras e suas diferenças, além de permear todo o assunto ao redor do chamado Garantismo Penal sem, contudo, ter o presente estudo a pretensão de esgotá-lo. Por fim, um breve exame do poder de punir estatal e suas limitações.

3.1 Princípios e Regras

Dentro do gênero norma jurídica, existem as espécies princípios e regras. Quando comparados, detêm certas características e qualidades que se distinguem.

Os princípios, para além da seara do direito, são fundamentais em todos os segmentos da vida.

Para melhor elucidação, no vernáculo, traz-se aqui o contido no dicionário de Silveira Bueno (2000, p. 624), que define princípio em várias acepções como “momento em que alguma coisa tem origem; origem, começo; teoria, conceito; estreia; razão, base; preceito”.

No sentido jurídico, os princípios são as normas elementares, as verdades fundantes de um sistema e constituem essencial fundamento para a interpretação e aplicação do direito positivo.

A ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia apud Ruy Espíndola (1999, p. 47), em um de seus sábios dizeres, definiu: “O Princípio é o Verbo (...). No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”.

Os princípios são normas gerais do sistema na medida em que são usados como diretrizes seguras na tarefa interpretativa, além de servirem como preenchedores de lacunas jurídicas.

Com brilhantismo define o ilustre Miguel Reale em sua obra Lições Preliminares de Direito (2002, p. 304):

O legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação.

Sua concepção designa a estruturação de um sistema, ideias, pensamentos ou normas por uma conjectura mestra, por uma baliza normativa, na qual todas as demais noções ou normas derivam, se reconduzem ou se subordinam.

Os princípios ainda foram bem analisados pelo jurista supra mencionado (2002, p. 305) ao dizer que “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua integração e compreensão quer para a elaboração de novas normas”.

Traçadas tais premissas, é possível dizer que as regras escritas trazem em seu bojo um princípio fundamental. Apesar disso, a maioria não chegou a ser positivado, de forma que sua aplicação não é imediata.

Por serem os conceitos centrais, os princípios conferem um sentido lógico e harmonioso ao sistema, o que permite a compreensão do seu modo organizacional.

Mais do que isso, os princípios estão arraigados no sistema até seus últimos fundamentos.

Alguns princípios, dada sua enorme importância, foram positivados pelo legislador, e deixaram de ser tão somente um *standard*, para integrar de maneira definitiva o ordenamento. Alguns princípios foram infundidos no texto da lei, tal como aconteceu, por exemplo, com os princípios da isonomia e o da irretroatividade da lei para proteção de direitos já adquiridos.

Ainda em relação aos princípios, vale ressaltar que eles são construídos por meio de enunciados e possuem conteúdo finalístico, além de serem aplicados sopesando valores, pouco a pouco, isso porque possuem alto grau de abstração, podendo ser aplicados a diversas situações. Quanto à solução de antinomias, os princípios regem-se pela técnica da ponderação, vale dizer, no confronto entre dois ou mais princípios, um deles é aplicado enquanto o outro fica dormente, não ocorre a anulação de um em detrimento do outro.

É suficiente saber que os princípios não são meros preceitos da ordem moral ou social, mas sim esquemas que se inserem na experiência jurídica, compondo de maneira definitiva o Direito.

Por outro lado, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida.

A regra perfaz-se numa expressão de um dever ser de organização, que indica uma conduta. A regra, é aquilo que a lei ou o uso determina, impõe.

Cumprir destacar que as regras possuem algumas características próprias.

A primeira delas, conforme explica Ruy Samuel Espíndola, ao transcrever a obra de Ronald Dworkin (1999, p. 64), estabelece que:

As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um *tudo* ou *nada*. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira (...) se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada.

E continua o citado renome do direito mais a frente (1999, p. 64):

Não podemos afirmar que uma delas (regras), no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida.

Explicitando, numa situação concreta, as regras são aplicadas ou não são aplicadas, sendo a questão resolvida por critérios formais. Se duas ou mais regras entram em conflitos, uma delas não será colocada em prática, posto que não é válida, cuidando-se de verdadeira antinomia jurídica.

As regras são aplicadas de maneira disjuntiva: se a norma é válida, logo ela será efetivada, caso contrário o inverso é verdadeiro. As regras antinômicas se excluem.

Outra característica notável em relação às regras é que elas são construídas de modo a descrever um comportamento e sua consequência. Dessa forma, descrito o comportamento e, enquadrando-se o fato àquela norma, a regra é aplicada integralmente através do método da subsunção.

A par de todo esse discurso, indiscutível é o fato de que regras e princípios coexistem em todo ordenamento jurídico. A existência de regras garante a

segurança jurídica, enquanto os princípios viabilizam a consideração dos valores existentes.

Alberto do Amaral Júnior (1993, p. 27) ensina que princípios são comandos genéricos que estabelecem um planejamento tanto para o legislador como para o intérprete. O princípio é mais geral, pois comporta um número indeterminado de aplicações. De outra banda, as regras são prescrições específicas que elencam situações e consequências determinadas, isto é, a regra é elaborada para um determinado número de conjunturas. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras provocam a exclusão do comando colidente.

Partindo do mesmo contexto acima, explica outro autor de grande repercussão, Luiz Flávio Gomes (2005, s.p.):

O Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Por fim, não é plausível que um sistema sobreviva apenas de princípios e/ou de regras.

Com propriedade, é possível afirmar que um complexo formado apenas por regras geraria um ordenamento rígido e inflexível, e seria necessário uma infinidade de comandos para atender todas as necessidades – dinâmicas – da sociedade. Por sua vez, um sistema composto unicamente por princípios traria insegurança jurídica, uma vez que são dotados de alto grau de abstração.

A existência concomitante desses dois tipos de normas jurídicas garante o equilíbrio necessário para a harmonia do conjunto.

3.2 Garantismo Penal

Possibilitando maiores esclarecimentos quanto à adequação do tema para o ordenamento jurídico brasileiro, urge destacar que o Garantismo tem raiz no final do século XVIII, fortemente influenciado pelo Iluminismo – movimento caracterizado por alocar a ciência e a racionalidade no centro do pensamento filosófico, com o fito de reformular a sociedade que trazia consigo a tradição medieval, além de romper com o poder absolutista do Estado e da Igreja.

Nas palavras do progenitor do Garantismo, Luigi Ferrajoli (2002, p. 29):

Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.

O Garantismo pode ser entendido através de três maneiras diversas, mas interligadas entre si: “como um modelo normativo de Direito, como uma teoria crítica do Direito, e como uma filosofia política” (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Na primeira acepção, isto é, como modelo normativo de Direito, o Garantismo se perfaz em um agrupamento de deveres impostos ao poder estatal para garantia dos direitos dos cidadãos, com intuito de conferir efetividade às normas constitucionais nas práticas judiciárias do Estado.

Conforme ensina Ferrajoli, 2002, p. 684:

Precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

No segundo sentido, é uma tese da juridicidade e efetividade do Direito, fundada na desinteligência existente entre normatividade e validade, em outras palavras, entre o dever ser do Direito e o Direito-ser, ambos em vigência.

Sobre esse outro significado atribuído ao Garantismo, leciona Ferrajoli, mais à frente em seu livro (2002, p. 684):

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela existência” ou “vigor” das normas. Nesse sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a como a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Ainda, de acordo com ele, essa segunda acepção mostra a “teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes”.

Finalmente, em sua terceira definição, o Garantismo pode ser entendido como filosofia jurídica que impõe a obrigação de justificação ético-política ao Estado e também ao Direito, melhor dizendo, o reconhecimento e proteção dos direitos que constituem a finalidade externa do Direito e do Estado.

Para corroborar essa afirmação, clara é a assertiva emanada pelo pioneiro em matéria de Garantismo, Luigi Ferrajoli (2002, p. 685):

Nesse último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e o ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (ético-político).

Por essa última significação, o Garantismo se traduz numa filosofia política que confere legitimidade ao Estado e ao Direito de um ponto de vista externo, vale dizer, protege direitos e bens individuais.

O termo Garantismo, para M. Gascon Abellan (2005, p. 21), traduz “a ideia de segurança, proteção, tutela, acautelamento ou defesa de algo”. De acordo com esse autor, “no âmbito do Direito, o Garantismo pugna pela tutela de direitos ou bens individuais diante de possíveis agressões advindas de outros indivíduos e, principalmente, do poder estatal”.

É bem verdade que o Garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos por meio de sua positivação no Estado de Direito.

Não obstante os postulados garantistas tenham se desenvolvido em diferentes épocas, eles apresentam um grande passo para legitimar o ordenamento jurídico como um todo, conforme se verifica dos dizeres abaixo (PRADO, 2010, p. 115):

A teoria do garantismo visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado Democrático de Direito – democracia substancial e não apenas formal – fundamentado no homem e na sociedade, servindo a estes como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais. Dessa feita, sua influência no sistema jurídico-penal daquele ordenamento implica elaborações de toda ordem (material, processual, principiológica, institucional etc).

Para o precursor do tema ora discutido, Luigi Ferrajoli, a origem da teoria garantista em matéria penal surge em contraposição à chamada crise de legalidade (2002, p. 683).

Com propriedade, Luiz Regis Prado (2010, p. 114):

No primeiro aspecto, é de se notar a origem da teoria garantista no campo penal como possível resposta à chamada crise de legalidade, diante da qual se passa a consignar como garantista um determinado modelo normativo de Direito compatível com a estrita legalidade, própria do Estado de Direito, que deve caracterizar-se pelo poder mínimo, o intuito de diminuição da violência e prevalência da liberdade e restrição da função punitiva do Estado.

O princípio da legalidade vem a configurar-se como o princípio constitutivo da experiência jurídica moderna, ou, “mais exatamente, entendido como fonte jurídica de legitimação, o princípio da legalidade representa um postulado jurídico do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio” (FERRAJOLI, 2002, p. 697).

Finalizando o estudo do presente tema, convém aduzir que um sistema penal garantista deve, para assim ser chamado, servir a um modelo de direito penal que se harmoniza com o conjunto no qual está inserido.

Assim, “a tensão entre o Direito Penal mínimo, de *ultima ratio*, e o Direito Penal máximo, de *prima ratio*, coloca-se como um dos iniciais conflitos a serem solucionados diante de um paradigma garantista do sistema penal” (PRADO, 2010, p. 115).

Conforme se verá dos próximos tópicos, é notória a limitação imposta ao Estado pela doutrina garantista do direito penal, o que é ratificado pelos princípios fundamentais e sua força normativa.

3.3 Princípios Limitativos do Poder de Punir do Estado e Bens Jurídicos Penais

A convivência em grupo prescinde de um sistema de controle social apto a assegurar a mínima estabilidade e sobrevivência desse grupo, além de prescrever normas a serem seguidas, sob pena de colocar com risco a própria sociedade, conforme se verifica do entendimento conjunto de Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini (2007, p. 25):

Só um eficaz sistema de controle social garante a conformidade do indivíduo bem como sua submissão às normas de convivência (disciplina social), dirigindo, desse modo, os processos de integração (muitas vezes, satisfatoriamente). Inclusive (e sobretudo) a moderna sociedade pós-industrial – que é uma sociedade, por definição, pluralista e conflitiva – necessita, também, exercer seu domínio sobre os indivíduos que a integram, prevendo uma enorme gama de mecanismos que assegurem a conformidade destes à suas normas.

O sistema de controle social é composto por modelos, instituições, normas, entre outros, que visam garantir a subsunção dos indivíduos à sociedade em que se encontram.

Toda sociedade de pessoas conta com alguns dispositivos de autodefesa que, na maioria das vezes, pode-se dizer suficiente para solucionar conflitos costumeiros e de baixa relevância, como é o caso das escolas, da igreja, da instituição familiar.

Continuam os mesmos autores, mais à frente (2007, p. 26):

(...) quando o conflito social (a ofensa ao bem jurídico) se reveste de especial gravidade, sua solução não pode ficar à mercê das instâncias, do controle social “informal”. O Estado, nesse caso, intervém por meio do Direito (civil, administrativo etc), incluindo-se o criminal (quando necessário). E o faz submetendo-se a normas de atuação escrupulosamente desenhadas para assegurar a objetividade da intervenção assim como o devido respeito às garantias das pessoas envolvidas no conflito.

O sistema de controle penal é apenas uma das formas de controle social, dentre os vários existentes.

Dessa forma, como visto, não é todo e qualquer evento do cotidiano que interessa aos olhos do direito penal, mas tão somente aqueles que causam determinada ofensa a bens jurídicos penalmente tutelados.

Nem toda conduta ou ofensa interessa ao direito penal, mas sim aquelas dotadas de alguma relevância.

Há que se esclarecer, todavia, que o controle social feito pelo direito penal é subsidiário, isto é, o sistema penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, vale dizer, como último instrumento para sancionar o fato desviado.

3.3.1 Bens jurídicos penais

A princípio, é importante delinear os contornos de bem jurídico para melhor esclarecimento da matéria ora tratada.

Conforme preleciona Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992, p. 33):

A doutrina moderna tem entendido, como função primordial do Direito Penal, a proteção dos denominados bens jurídicos. Isso é explicado, como consequência, mesmo, do postulado da garantia, impedindo, não só a intensificação dos aspectos subjetivos estranhos à realidade social, mas, também, a interferência do poder autoritário do aplicador da lei sobre condutas que, mesmo juridicamente relevantes, não ofendam esses bens jurídicos.

Veja, pode-se extrair da passagem acima que o direito penal cuida apenas de bens jurídicos que possuam o mínimo de relevância.

Repisando argumentos trazidos no início do presente trabalho, tem-se que qualquer ofensa a bem jurídico protegido penalmente deve ser pareado com os princípios constitucionais.

Portanto, só são penalmente sopesados os bens jurídicos arraigados na Lei Maior, em outras palavras, o bem jurídico protegido pela norma penal deve ser avaliado diante dos valores constitucionais.

Ainda, mencionada autora M. de Carvalho (1992, p. 35) revela que, por ser o Código Penal Brasileiro fruto do pensamento iluminista, alguns bens jurídicos destacam-se, como a vida, liberdade, honra, propriedade entre outros. E, dentre esses bens, ganham maior destaque aqueles de caráter fundamental, filho das conquistas sociais e, como tal, previstos nas Constituições.

Logo, vale destacar a percepção infra emanada por Luiz Regis Prado (1997, p. 77/78):

Nessa linha de pensar, são bens suscetíveis de proteção penal, por exemplo, os direitos constitucionais do cidadão, os valores objetivamente tutelados e outros que se inserem no contexto de garantia do Estado de Direito democrático e social ou lhe são conexos. O critério básico a partir do qual se pode deduzir um quadro valorativo deve ser fornecido pelos princípios constitucionais (v.g., arts. 1.º, 2.º, 3.º e 5.º da CF), reconhecidos como fundamento da ordem política e social.

Não se pode olvidar que, em decorrência da existência de valores maiores, os bens jurídicos obedecem a uma hierarquia.

Sabido é que a Constituição, para além de ser apenas uma declaração formal de direito, estabelece normas de caráter geral a serem obedecidas por todo o Estado.

Dessa maneira, é imperioso que a lei penal, por ser hierarquicamente inferior à Constituição, obedeça a seus comandos, compatibilizando-se com ela.

A lei penal necessita ficar circunscrita dentro dos limites estabelecidos pela *Lex Major*, razão pela qual somente serão penalizadas aquelas condutas aptas a lesarem bens constitucionalmente eleitos.

Dando continuidade, é de capital importância estabelecer o significado de bem jurídico.

Luiz Regis Prado, citando grandes autores como Immanuel Kant e Hans Welzel, concebe bem jurídico como valor cultural, em seu sentido mais amplo. Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais baseados nas necessidades individuais e essas transformam-se em valores culturais que, quando dominantes, prescindem de proteção jurídica. Sendo assim, considera-se bem jurídico aquele “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente” (1997, p. 42).

Daí que emana a função primordial do direito penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos por meio da tutela dos valores éticos e sociais.

Nos sábios dizeres de Miguel Polaino Navarrete apud Luiz Regis Prado (1997, p. 43), bem jurídico é:

Bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal. Bens e valores mais consistentes

da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade.

O maior nome do direito penal, Claus Roxin apud Luiz Regis Prado (1997, p. 45), com enorme brilhantismo, define:

Bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente.

Bem jurídico é um valor protegido pelo Direito. Quando esse valor é reconhecido, sua proteção acontece através da norma escrita.

Assim, para evitar ataques ou lesões a determinados bens jurídicos, notadamente os de maior relevância, o direito penal invoca seu papel de guardião, tutelando-os.

3.3.2 Princípio da proporcionalidade: proibição do excesso e vedação à infraproteção

O princípio da proporcionalidade, bastante conhecido pelos estudiosos do direito possui mais de um segmento, de um lado a proibição do excesso e de outro a vedação à proteção deficiente.

Segundo Fábio Roque de Araújo (2009, p. 291), “a proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais”. Para ele, o Estado pode limitar direitos individuais, desde que o faça em prol do interesse público, de modo que tal atuação deve ser balizada pela proporcionalidade entre os meios e os fins.

Basicamente, o princípio da proibição do excesso e o princípio da vedação à infraproteção são limites ao poder de punir do Estado.

No tópico acima o assunto em comento era o bem jurídico penal. Pois bem, o bem jurídico tem uma função de garantia, isto é, de limitar o direito de punir estatal.

Veja o seguinte ensinamento, de grande valia (PRADO, 1997, p. 48):

O bem jurídico é erigido com conceito limite na dimensão material da norma penal. O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado de Direito democrático e social, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos. Esta função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar no sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais.

Dito isto, o legislador ordinário deve ter em mente as premissas trazidas pela Constituição, bem como seus valores para, somente então, definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo do direito penal.

O primeiro princípio ora tratado, qual seja o da proibição do excesso, como o próprio nome induz, ressalta o valor do injusto, proibindo o excesso nas restrições ou limitações dos direitos fundamentais do ser humano.

Como bem ilustra o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 233/RS, publicada no Diário Oficial de 30 de abril de 2009:

(...) princípio da proibição do excesso constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos. (...) Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

Analisando o parecer do Ministro, é possível concluir que a superproteção levaria à restrição quase que absoluta de outros direitos e garantias do indivíduo. Sendo assim, somente através da valoração da conduta e seu resultado é que torna-se legítima a restrição de um direito fundamental.

A lei, portanto, como instrumento do direito, deve ser compatível com os direitos fundamentais preconizados. Assim, uma lei que restrinja determinada garantia ou liberdade sem o mínimo de justificação é inconstitucional por violar a Lei Maior.

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição do excesso, percorre Maura Roberti (2001, p. 62) prevendo “que o excesso de intervenção penal, a falta de critérios e o uso abusivo da pena deixam um vácuo na sociedade, em face do esvaziamento da força intimidadora da pena”.

Nessa toada, significa dizer que o princípio da proporcionalidade, aplicado ao direito penal, proíbe que o Estado viole direitos fundamentais, pois trata-se de uma proteção negativa.

Por outro lado, o princípio da vedação à proteção deficiente traduz-se em um garantismo positivo, uma vez que exige do Estado uma atuação positiva ante aos ataques contra os direitos fundamentais.

Luigi Ferrajoli (2002, p. 31 e ss), como explanado no tópico 3.2, estruturou um sistema normativo denominado de “modelo garantista”, pronto a defender a liberdade individual frente as pretensões ofensivas do poder estatal. Como exposto por tal jurista, alguns axiomas devem ser seguidos para aplicação da sanção penal, entre eles, *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade), *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade), *nulla lex poenalis sine necessitate* (princípio da necessidade), *nulla necessitas sine iniuria* (princípio da ofensividade) e *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

A proibição da infraproteção serve para balizar a plataforma mínima do Direito Penal comprometido com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido insta destacar a percepção de Maura Roberti (2001, p. 58 e 63):

A função dos princípios constitucionais penais, ao contrario do que possa parecer a primeira vista, não é legitimar o exercício absoluto do poder punitivo, mas antes condicioná-lo, vinculá-lo, servindo de obstáculos à indiscriminada utilização da punição. (...) A importância da existência dos princípios constitucionais limitadores da interferência penal reside no fato de fixar fronteiras ao Poder Público, com o escopo de garantir a inviolabilidade do direito à liberdade e de outras prerrogativas individuais.

Para ela, o princípio basilar do Estado Democrático de Direito é o da legalidade, pois há a necessidade de que todos, inclusive o próprio Estado, estejam vinculados ao sistema jurídico-normativo (2001, p. 62).

A limitação do poder do legislador é corolário dos princípios constitucionais penais, na medida em que eles determinam o conteúdo material da norma penal.

Por conseguinte, a norma penal deve se fazer presente apenas e tão somente nos conflitos sociais quando for estritamente necessário, nunca além.

Nessa vertente, pode-se eleger o princípio da intervenção mínima do direito penal. O direito penal, como sabido, deve ser usado como *ultima ratio*, dada sua característica da fragmentariedade.

Como dito, seguindo por essa linha de pensamento, a norma penal deve intervir apenas quando realmente preciso, sob pena de ferir direitos fundamentais.

O direito penal de mínimo intervencionismo, aliado à tutela de valores essenciais, só legitima a criminalização de um fato se esse for o único meio capaz de defender determinado bem jurídico.

Entretanto, o direito penal não pode ser demasiadamente mínimo a ponto de deixar vulneráveis os direitos fundamentais que devem, por lei, ser protegidos.

Ressalta-se a posição de Marcelo Araújo de Azevedo (2011, s.p.) ao asseverar que “o Estado também será omissivo quando se omite ou não adota medidas suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais”.

O Estado também pode deixar de preservar direitos fundamentais ao atuar de maneira deficiente, ou seja, desamparando direitos mínimos assegurados.

Por força deste postulado, o Estado não pode permanecer inerte em relação à tutela dos direitos fundamentais, afinal, existe um dever de atuação estatal.

4 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

A possibilidade de se fundamentar legalmente, no ordenamento pátrio, os mandados de criminalização adveio, principalmente, com a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, conforme já discorrido.

4.1 Conceito e Breves Comentários

Fato notório é que, promulgada em 1988, a Carta Magna avançou consideravelmente no que tange a proteção dos direitos humanos, abarcando em seu texto uma infinidade de direitos fundamentais.

Mais do que isso, a atual Constituição previu diretrizes básicas a serem seguidas para a devida estruturação de um Estado Democrático de Direito, além de criar condições para o pleno desenvolvimento dos direitos dos cidadãos.

A Constituição Federal é a norma matriz de um Estado de Direito. No Brasil, por ser ela a carta de direitos que rege todo o ordenamento jurídico, é imperioso que todos os ramos hierarquicamente inferiores se reportem a ela.

A Lei Maior procurou tratar de todas as questões mais relevantes, aquelas tidas essenciais. O problema que se destaca é que, apesar de ser uma carta extensa, nem todas as matérias previstas pelo texto constitucional puderam ser cuidadas de forma plena.

Dessa maneira, certos assuntos, a despeito de possuírem status constitucional, foram deixados a cargo de regulação pelo legislador infraconstitucional. Isto é, algumas matérias foram delegadas pelo constituinte originário para que pudessem ser mais bem tarifadas por lei infraconstitucional.

Essa delegação feita pela Constituição Federal segue o modelo adotado pela própria Carta Magna. Veja, uma das características da Lei Maior é sua rigidez, o que ocasiona menor flexibilidade para eventuais mudanças em seus dispositivos. Ademais, a constante alteração do texto constitucional para adequá-lo ao contexto social, como é o caso do direito penal, traria grande insegurança jurídica.

Frente a isso, o legislador originário, ciente da importância de determinadas matérias, escolheu por fazer referências diretas a elas, conforme bem ensina Fabricio da Mata Corrêa (2013, s. p.):

Diante disso, o constituinte originário ciente da importância que algumas matérias possuíam, e frente ao risco do novo poder legislativo não tratá-las com o devido cuidado, optou por fazer referências diretas às elas, como forma de informar que aquelas matérias deveriam ser cuidadas. No caso dos mandados de criminalização, disse mais, deixou claro que aquilo mencionado em seu texto possuía dignidade penal e por isso deveriam receber a tutela do Estado.

De forma sábia, antevendo a importância de certos assuntos e a necessidade dispensá-los um tratamento especial, a Constituição Federal determina que sua regulação por intermédio de lei.

Nos termos tratados por Cleber Masson (2010, s.p.), “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”.

Atualmente, o direito penal tem o fito de proteger bens jurídicos tidos como de maior relevância e que não podem ser suficientemente protegidos pelas outras esferas do Direito.

Como não poderia ser diferente, também no aspecto penal, a Constituição lançou mão de princípios basilares a serem seguidos, como é o caso dos princípios da legalidade, da irretroatividade e do devido processo legal. Além disso, em alguns momentos, fez mais a Constituição do que adotar simples ideais norteadores: conjecturou imperativos constitucionais, tornando obrigatória a criminalização de condutas.

Assim, antevendo o legislador originário a importância da tutela penal em relação a alguns bens jurídicos, optou ele por impor ao legislador ordinário a obrigação de criminalizar certas ações.

Veja abaixo as marcantes palavras de Eduardo Fontes (2015, s. p.):

Assim, a exemplo de algumas constituições europeias, como França, Alemanha, Espanha e Itália, nossa Constituição contém comandos normativos de natureza jurídico-penal voltados ao legislador, que está jungido à vontade do constituinte em tornar penalmente típica a ofensa a bens jurídicos considerados de elevada magnitude e, por consectário, merecedores de uma especial proteção pelo direito penal.

Isso não significa, contudo, que não restou qualquer discricionariedade ao legislador, que continua responsável por criar figuras típicas, desde que conciliável com os valores constitucionais. Contudo, em face de um mandamento de penalização,

não lhe resta alternativa a não ser regulamentar determinado comportamento através do direito penal.

Os mandados de criminalização, então, seriam responsáveis por garantir a proteção positiva dos direitos fundamentais, uma vez que “são regras de imposição de deveres, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos humanos” (RAMOS, 2006, p. 21). Isso, particularmente para impedir qualquer afronta aos direitos fundamentais, sejam eles provenientes do próprio Estado ou de particulares.

4.2 Espécies de Mandados de Criminalização

Podem-se reconhecer, basicamente, duas espécies de imperativos constitucionais de criminalização, a saber: os mandados de criminalização explícitos e implícitos.

Os primeiros podem ser extraídos de determinações explícitas havidas no Texto Maior, obrigando o legislador à tipificação penal. Já os segundos, não expressos formalmente, são subentendidos a partir da análise sistemática da Constituição.

O legislador originário, quando da outorga da nova ordem constitucional, observando que alguns direitos poderiam vir a ser alvos de ataques mais gravosos, determinou a criminalização destas condutas atentatórias, através de instrumento irrenunciável de repressão (e também prevenção) de tais agressões, isto é, por meio dos mandados constitucionais de criminalização.

4.2.1 Mandados de criminalização explícitos

Os mandamentos explícitos de criminalização, conforme já brevemente discutido, são uma ordem emanada pela Constituição de tipificar certas condutas, por entender que a proteção penal é imprescindível.

Para melhor análise do tema, vale destacar os termos empregados por Rui Carlo Dissenha (2008, p. 332):

O diferencial dessa espécie de mandado de criminalização é a manifestação evidente no texto da Constituição Federal. Efetivamente, da leitura de alguns pontos da Carta Magna parecem surgir ordens ao legislador ordinário que de

forma imperativa impõem-lhe a obrigação de criminalizar – obrigação essa que não poderia ser afastada porque, como se sabe, trata-se de ordem que provém do ápice do sistema normativo cujo desrespeito ensejaria a pecha da inconstitucionalidade.

Nesta espécie, a Constituição delega um poder legal para ser cumprido pelo legislador ordinário, de forma a regulamentar os direitos ali consagrados.

Assim, a Carta de Direitos do Brasil de 1988 expressou em seu texto comandos que determinam a criminalização de condutas umas, como uma maneira de tutelar bens jurídicos fundamentais.

Reforçando, dada a magnitude destes bens jurídicos, a Carta Magna optou por protegê-los a nível constitucional, sendo a lei penal apontada como instrumento eficaz para a tutela pretendida.

Para deixar evidente o que aqui se defende, vale a leitura do art. 5º da Constituição Federal. No rol de direito e garantias fundamentais – Título II, o inciso XLI prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e, logo em seguida no inciso XLII que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Clarividente, neste caso, que o objetivo da Constituição é a proteção do indivíduo para que não venha a sofrer com a prática de racismo, com intuito a promover o desenvolvimento do cidadão e o exercício de suas liberdades individuais de forma plena.

De mais a mais, além de criminalizar comportamentos racistas, o comando constitucional cominou a pena de reclusão como resposta a esse tipo de conduta.

Outro exemplo de mandamento explícito é aquele contido no artigo 5º, XLIII, o qual preconiza:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

No caso acima, “além de enumerar tais categorias de delito, o constituinte ainda decidiu que estes seriam inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, bem como demarcou um amplo âmbito de alcance sobre a autoria,

participação e a própria postura omissiva daquele que poderia evitá-lo” (FLACH, 2015, p. 32).

Apesar de amplo, dito dispositivo restringe a liberdade do legislador frente a esses delitos, além de prescrever as ações que devem ser tomadas em relação a esses crimes como, por exemplo, a proibição de benefícios.

Seguindo estas linhas constitucionais, independentemente do crime de tráfico já ter sido previsto antes de 1988, ele foi modificado pela lei 11.343/06; no que diz respeito à tortura, foi implementada pela lei 9.455 de 1997. O mesmo se deu em relação aos crimes hediondos, cuja legislação especial entrou em vigor em 1990.

Recentemente o Planalto consagrou o mandado de criminalização previsto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, no que tange ao terrorismo, ao editar a Lei 13.260/2016, ou também conhecida como Lei Antiterror (13.260), integrando-a ao sistema penal.

Destaca-se que os mandados constitucionais de criminalização expressos não se restringem àqueles do art. 5º. Cumpre esclarecer que diversos são os mandamentos constitucionais de criminalização previstos no Texto Maior. Assim, apesar de tratarem-se de comandos imperativos de tipificação, muitos deles ainda não foram levados a efeito pelo legislador infraconstitucional.

Nesse diapasão, nasce o problema de omissão constitucional. Nas palavras de Michael Schneider Flach, citando J. J. Gomes Canotilho (2015, p. 33):

Tal questão lança à tona um sério problema, consistente no fato de existir o mandado superior de criminalização, sem que o legislador ordinário tenha editado a norma ordenada, para garantir a aplicabilidade e a sua plena eficácia constitucional. Aqui, a Carta Magna determina a adoção de medidas legislativas concretizadoras dos seus preceitos e, embora vinculado de forma irrenunciável ao mandado, o legislador omite-se e não edita os atos necessários à exequibilidade da Constituição, obrigando a Corte Suprema a cientificar o Legislativo sobre a inconstitucionalidade por omissão.

Por conseguinte, diante do inadimplemento da obrigação em legislar, a melhor opção é fazer uso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, uma vez que este é o meio adequado para defesa da ordem fundamental.

De qualquer modo, a existência de imperativos constitucionais penalizadores reforça a relação entre Constituição e direito penal.

4.2.2 Mandados de criminalização implícitos

Como dito alhures, a existência dos mandados expressos de criminalização está evidente na Constituição. Entretanto, em relação aos mandados implícitos, tal clareza não é encontrada.

Com relação aos mandamentos penalizadores implícitos no Texto Maior, existem dispositivos genéricos que delimitam a garantia ou a tutela de determinados bens jurídicos ou, ainda, que vedam certos comportamentos. Ainda que detenham certa generalidade, tais dispositivos vinculam o legislador e o poder público de forma a garantir que tais direitos sejam implementados.

Nessa esteira, cabe salientar o entendimento de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2014, p. 61):

(...) os mandados implícitos de criminalização seriam aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da avaliação do corpo constitucional como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo do Texto Constitucional.

Apesar de não haver previsão direta sobre a forma como tal programa deva ocorrer, caberá aos destinatários – legislador e poderes públicos – a escolha dos instrumentos adequados para tal finalidade.

Destaca-se a linha de pensamento de Luciano Feldens (2005, p. 94):

Ainda assim, apesar da aparente liberdade legislativa frente a tais disposições, seria incorreto afirmar que o único conteúdo penal estatuído pela Constituição diga respeito apenas aos mandados criminais expressos. De modo que a análise contextual da Lei Magna aponta a existência de normas de penalização implícitas, as quais configurem “zonas de obrigatoria intervenção do legislador penal”, e que não poderiam ser substituídas por outra forma de tutela, que não a mais drástica.

É importante reportar que a escolha do legislador originário em proteger determinados bens jurídicos através de mandados implícitos não significa que tais bens tenham menor grau de valoração.

No momento da escolha de proteção de bens jurídicos quando da confecção da atual Carta de Direitos, o legislador originário optou por criminalizar, desde logo, os atentados contra certos bens jurídicos, o que não ocorreu em relação a outros. Todavia, reforçando, não significa que estes últimos tenham menor primazia valorativa, conforme bem explica Flach (2015, p. 36):

Portanto, interpreta-se que determinados bens não receberam do constituinte ordem expressa de criminalização, pois diante da sua nota de fundamentalidade, ou da ligação com os princípios e os valores que a Carta Magna comprometeu-se em garantir, ou do reconhecimento do seu relevo, ou de uma menção explícita de que deveriam ser protegidos (ainda que não expresse que tal seria pelas vias penais), o constituinte entendeu em dispensar tal declaração. E isso, por considerar que um ou mais desses fatores já bastaria para o legislador ordinário reconhecer a nobreza do objeto, os riscos inerentes a ele, além da adequação e necessidade de conferir-lhe a devida tutela penal.

Por meio, também, dos mandados implícitos, a Constituição indica que o direito penal não é somente um instrumento apto a reprimir as liberdades individuais, mas, além disso, possui uma função consistente na garantia dos direitos e garantias fundamentais.

Por vezes, em situações específicas, para efetiva tutela dessas garantias, apenas o emprego de outras esferas do direito não seria suficiente, necessitando da intervenção penal. Dessa maneira, é lícito ao legislador lançar mão de todos os meios possíveis para uma proteção eficiente dos bens e garantias fundamentais, inclusive com o uso dos mandados implícitos de criminalização.

4.3 Constituição como Limite ao Direito Penal: Obrigação Constitucional de Criminalização

Uma das possíveis formas de relacionar direito penal e Constituição Federal é tomando essa como limite àquele.

De início e, como já discorrido, é possível tomar a Constituição como limite negativo ao direito penal, isto é, no momento de criminalizar determinada conduta é necessário que não haja desrespeito às normas constitucionais.

Na lição de Janaina Conceição Paschoal (2003, p. 55):

Importa dizer que toda criminalização que não respeite frontalmente o texto constitucional será admitida, ainda que o valor (ou bem) tutelado não esteja albergado na Constituição, significando que, nessa concepção, não se exige para a criminalização que a Constituição tenha reconhecido a dignidade do bem a ser protegido pelo Direito Penal.

Vale dizer, nesse sentido, que o Estado pode tornar crime condutas violadoras de preceitos não expressamente reconhecidos no Texto Maior, desde que e somente se tal criminalização não ferir os valores constitucionais.

Tem-se que o legislador penal, tendo como base a Constituição, não pode elaborar leis que vão de encontro ao texto constitucional. Assim, é possível dizer que o legislador é livre em sua função legiferante, contanto que não o faça contrariamente às disposições constitucionais.

Seguindo essa premissa, cabe mencionar que o poder legislativo não possui vínculos quanto à escolha de tutelar bens jurídicos, devendo apenas atentar-se para o fato de que não pode criminalizar condutas incompatíveis com a Constituição.

De outra banda, há a possibilidade de tomar a Constituição como limite positivo ao direito penal.

Também conhecido como garantismo positivo, o legislador só pode proteger bens reconhecidos pela Lei Maior. Isso porque não basta, para a proteção penal tida como *ultima ratio*, que a lei penal se abstenha de entrar em conflito com a Constituição, devendo, necessariamente, recair sobre condutas que afrontem valores de magnitude constitucional.

Segue para corroborar este entendimento os dizeres de Janaína Conceição Paschoal (2003, p. 59):

Dentro dessa concepção de limitação positiva do Direito Penal por parte da Constituição, podem-se identificar duas subdivisões, quais sejam: a do Direito Penal enquanto potencial espelho do texto constitucional e a do Direito Penal enquanto instrumento de tutela de direitos fundamentais; quando comparadas com a teoria negativa, conclui-se que ambas refletem o objetivo de limitar ainda mais o exercício do poder punitivo estatal, sendo por isso questionáveis todas as teses que advogam que dessas teorias (de limitação positiva do Direito Penal por parte da Constituição) deve decorrer o alargamento do Direito Penal.

Dizer o direito penal como espelho da Lei Maior significa que os valores e bens elevados a nível constitucional podem ser objeto de tutela penal, isso porque, como é possível inferir do próprio nome, o direito penal reflete a Constituição.

A segunda concepção, qual seja, a do direito penal como instrumento apto a tutelar direitos fundamentais, ensina que para que determinado bem venha a ser protegido pelo ramo penal é necessário que ele tenha status constitucional, conforme preceitua Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1999, p. 171):

(...) os valores jurídicos mais relevantes do Direito Penal – ou aqueles que se pretende tutelar com o direito sancionador de máxima relevância – devem corresponder a ofensas significativas a bens jurídicos da maior envergadura

ou hierarquia dentro do sistema legal e, segundo nossa proposição, dentro da própria Constituição e com exclusividade. Assim, uma primeira forma de solução do problema se apresenta com a ideia de que todo bem jurídico-penal deve corresponder a um direito fundamental do homem (ou da coletividade, no caso de bens jurídicos coletivos).

A Constituição, como limite positivo ao direito penal, restringe a tutela penal àqueles bens de natureza fundamental, vez que, pelo menos abstratamente, tudo pode ser elevado a nível constitucional.

Percebe-se que, qualquer que seja a linha de pensamento – limite negativo ou positivo – o objetivo maior é o de limitar o *ius puniendi* estatal.

Nos termos empregados pela professora Janaína Paschoal (2003, p. 69):

Muitas vezes, não obstante seja essa a primeira intenção, a Constituição é utilizada não só para limitar o Direito Penal, mas também para incrementá-lo, isto é, além de impedir a criminalização de certas condutas (concepção da Constituição como limite negativo do Direito Penal) e de circunscrever as potenciais criminalizações aos bens reconhecidos pelo constituinte como caros à sociedade (concepção da Constituição como limite positivo do Direito Penal), entende-se que a Constituição também indicaria, determinaria e até obrigaria a criminalização de condutas lesivas aos bens jurídicos por ela identificados.

Vislumbrando-se a Constituição como embasamento para o direito penal, não há como negar a existência dos mandados de criminalização existentes, visto que a Lei Maior não só limita a incidência do poder estatal, mas também elenca os bens jurídicos que serão por ele protegidos.

5 CONCLUSÃO

Verificada, pois bem, a existência de mandados de criminalização no hodierno sistema jurídico, é possível afirmar que sua permanência dá-se calcada nas bases de um Estado Democrático de Direito.

A evolução de pensamento trouxe significativas alterações, notadamente no que diz respeito à existência de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei Maior desempenha papel importante dentro do atual cenário político, sendo certo que, a eleição de determinados bens jurídicos em sede do Diploma Constitucional configura uma opção indispensável com o objetivo de reconhecer e tutelar os valores da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, portanto, mandados explícitos e implícitos de criminalização, numa verdadeira proteção aos direitos fundamentais. Com efeito, em hipóteses tais trazidas pela Carta Fundamental de Direitos, a intervenção penal pelo legislador infraconstitucional é obrigatória.

Uma análise sistemática da Constituição, a partir das próprias funções do Estado Democrático de Direito, com olhos voltados para os direitos de inequívoca primazia constitucional, como é o caso do direito a vida em suas diversas categorias, por exemplo. Dito fundamento reside, basicamente, em dois aportes dogmáticos ligados a teoria dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da proporcionalidade faz o balizamento das questões práticas atinentes a essas imposições de criminalizar condutas através dos subprincípios da proibição do excesso e da vedação à infraproteção.

Em boa parte dos casos, é importante dizer, que a determinação para que se criminalize condutas é clara e objetiva. Em outros, especialmente no que tange à existência de mandados constitucionais de criminalização implícitos, sua imposição de tipificar condutas deixa margem à interpretações.

A principal consequência da existência de tais imposições constitucionais de criminalização é a ordem superior dirigida ao legislador ordinário para que elabore leis com o objetivo de proteger os bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Outra resposta decorrente da existência desses mandados é a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão na hipótese de

falta de lei penal determinada pelo texto constitucional ou, também, a inconstitucionalidade de lei posterior tendente a descriminalizar aquela conduta objeto de ordem criminalizadora.

De qualquer forma, a confecção de leis penais, ainda que para proteção dos valores constitucionais mais elevados, constitui atividade discricionária do legislador, e a tutela desses bens não se opõe ao uso do direito penal como última instância, uma vez que proteger ditos valores de outra forma seria não observar a função do Direito Penal.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

AMÊNDOLA NETO, Vicente. **História e Evolução do Direito Penal no Brasil**. Campinas: Editora Julex Livros, 1997.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e legitimação do poder de punir**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.

AZEVEDO, Marcelo André de. **Garantismo Positivo**. Artigo, 2012. Disponível em: <<http://profmarceloandre.jusbrasil.com.br/artigos/121933421/garantismo-positivo>> Acesso em: 27 de out de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada – STA 233/RS**. Decisão da Presidência Ministro Gilmar Mendes, DJe de 30.04.2009.

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF.

_____. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000.

CAMPOS, German J. Bidart. **El Derecho de La Constitución Y Su Fuerza Normativa**. Buenos Aires, Sociedade Anónima Editora, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Edições Almedina S.A. Coimbra, 1914.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1992.

CORRÊA. Fabrício da Mata. **A Constituição e seus Mandados de Criminalização**. Encontrado em: <https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941679/a-constituicao-e-seus-mandados-de-criminalizacao>. Acesso em 16 de novembro de 2016.

DISSENHA. Rui Carlo. **Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional**. Revista Raízes Jurídicas. 2008. Curitiba. Encontrado em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/viewFile/132/106>. Acesso 17 de novembro de 2016.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESTEFAN, André. **Notas de aula da Disciplina de Penal e Processo Penal**. São Paulo: Centro Universitário Toledo Prudente, 2015.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Título original: Diritto e ragione. Vários colaboradores. Vários tradutores.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días.** Tradução de Manuel Martínez Neira – Editorial Trotta S.A., Madrid, 2001). Título original – Costituzione (Società editrice in Mulino, Bologna, 1999) – autor: Maurizio Fioravanti.

FLACH, Michael Schneider. **Mandados de Criminalização, Tutela Penal e Constituição.** Encontrado em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/248/115. Revista Jurídica ESMP-SP. 2015. V. 7. Acesso em 15/11/2016.

FONTES, Eduardo. **Mandados Constitucionais de Criminalização.** Encontrado em: <http://www.armador.com.br/wp-posts/mandados-constitucionais-de-criminalizacao>. Acesso em 16 de novembro de 2016.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales.** In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 21

GOMES, Luiz Flávio. **Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções.** Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios> >. Acesso em: 28 ago 2016.

_____. García-Pablos de Molina, A.; BIANCHINI, Alice. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HESSE, Konrad. **Die Normative Kraft Der Verfassung.** Alemanha, 1959. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. A Força Normativa da Constituição. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira.** Barueri, SP. Manole, 2003.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Crítérios Constitucionais de Determinação de Bens Jurídicos Penalmente Relevantes.** Tese de Livre-Docência em Direito Penal. São Paulo: USP, 1999.

MASSON, Cleber. **Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização.** Encontrado em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>. Acesso em 16 de novembro de 2016.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MORAES. Alexandre Rocha Almeida de. **A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**. Revista Jurídica ESMP-SP, V.5, 2014. Disponível em:
http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/search/results. Acesso em 28 de novembro de 2016.

PASCHOAL. Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO. Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBERT, Cinthia. **Democracia e Constituição: contribuição para a compreensão do Estado Contemporâneo**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

ROXIN, Claus. In: **Problemas fundamentais de direito penal**. Luiz Regis Prado Bem Jurídico-Penal e Constituição. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores LTDA. 36ª Edição. São Paulo, 2013.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WACHIWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional: perspectiva histórico-constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

ZANON, Artemio. **Introdução à Ciência do Direito Penal**. Florianópolis: Ed. OAB/SC, 2000.