

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO,
TUTELA PENAL E CONSTITUIÇÃO

WARRANTS OF CRIMINALIZATION, CRIMINAL
PROTECTION AND THE CONSTITUTION

Michael Schneider Flach

mflach@mp.rs.gov.br

Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Especialista em Direito Penal Contemporâneo pela UNISINOS. Professor Convidado/Palestrante da Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS, membro do Conselho Editorial da Revista do Ministério Público/RS.

RESUMO

Sabidamente o Direito Penal recebe os influxos da Constituição, sendo correto buscar nela as melhores formas de aplicação e interpretação de suas normas. Além disso, a Lei Magna também contém princípios, salienta valores, seleciona objetos jurídicos, estabelece determinadas pautas e, ainda, potencialmente orienta os processos de criminalização e de descriminalização de certas condutas.

PALAVRAS-CHAVE

Mandados de Criminalização. Constitucional e Penal. Proporcionalidade. Bem Jurídico.

ABSTRACT

Taking into account that the Criminal Law receives the influx of the Constitution, intends to examine the extend to which this occurs, when the Constitution lays down certain guidelines, performs the prior selection of legal objects, and potentially drives the processes of criminalization and descriminalization of conducts as a source of legal goods.

KEYWORDS

Constitution. Criminal Law. Proportionality Principle. Legal Good.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A Relação entre a Lei Magna e a Lei Penal. 1.1. Tutela Penal e Bem Jurídico. 1.2 A Irradiação dos Preceitos Constitucionais. 2. Dos Mandados Constitucionais de Criminalização. 2.1 Os Mandados de Criminalização Expressos e a Constituição Federal. 2.1.1 Os Mandados Constitucionais de Criminalização Implícitos. 3. Aportes Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

As normas penais possuem vinculação ampla com Lei Maior, em especial por sua função de tutelar interesses e valores de relevo constitucional, cujo cerne fundamenta e delimita a atuação criminal e os poderes públicos, desempenhando um duplo papel, tanto limitador quanto protetivo das liberdades. Aqui, os bens jurídico-penais despontam como concreção real dos interesses pessoais e coletivos, diretos e indiretos, os quais, por sua importância, rogam uma proteção que seja máxima, mas proporcional. E que será exercida pela lei penal em face das condutas mais graves e que representem risco ou lesão à subsistência do indivíduo e da sociedade.¹

1 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 83-6.

Conforme já preconizava Jiménez de Asúa, a relação entre Constituição e Direito Penal é tamanha que toda nova Constituição requer um novo Código Penal.² O que se justifica, na medida em que a Carta Magna resguarda os direitos fundamentais, prevê o funcionamento dos órgãos de soberania nacional e também estabelece padrões e limites de atuação das normas penais, cuja violação conduz à inconstitucionalidade dos dispositivos em conflito.³

Nesse lastro, sustenta Häberle que a Constituição opera como “a ordem jurídica fundamental de um Estado e de uma sociedade”, tanto limitando, como autorizando o poder estatal. De maneira a regular não apenas o Estado, mas “a sociedade em sua estrutura fundamental, transformando-a em ‘sociedade constituída’.”⁴ E, em tais funções, alia-se a ela o Direito Penal que, segundo Paulo da Cunha, desempenha o papel de “braço armado da Constituição. Não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir à sociedade” e estruturar a ordem jurídica.⁵

1. A RELAÇÃO ENTRE A LEI MAGNA E A LEI PENAL

Como lei máxima e estatuto político do Estado de Direito a Constituição representa sua primeira manifestação de política criminal, em torno da qual se estruturará a legislação penal. Já o Direito Penal funda-se naquela, por ser estruturado por normas que são formalmente constitucionais ou que são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. Embora não contenha normas penais completas (com tipos e penas), a Constituição possui disposições que determinam em parte o conteúdo penal, a ser seguido pelo legislador quando for configurar condutas e sanções. O que se verifica nos mandados expressos de criminalização, como nos do art. 5º, XLIII, da CF.⁶

Na relação entre Direito Penal e Constituição, os chamados “princípios de direito penal constitucional” incidem sobre o sistema penal ao traçarem os limites do poder punitivo. Embora não contenham referências diretas ao conteúdo do que pode ou não ser criminalizado, manifestam-se sobre a forma de importantes preceitos.⁷ Inclusive, vários dos princípios penais, como o da irretroatividade e o da legalidade (expressos nos artigos 1º e 2º do Código Penal), possuem previsão direta na Carta Magna (art. 5º, XL e XXXIX).⁸

2 JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1950, p. 162.

3 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 61.

4 HÄBERLE, Peter. Jurisdição Constitucional como Força Política. In: TAVARES, André Ramos (org.). *Justiça Constitucional Pressupostos Teóricos e Análises Concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 66-7.

5 CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime. Da Substancial Constitucionalidade do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 89-90.

6 LOPES, Maurício Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 166-8 e 181.

7 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 118.

8 GARCIA, Baileu. *Instituições de Direito Penal*. vol. 1, T. I, São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 19, anota que no seu desenvolvimento o Direito Penal “tem caminhado ao lado do Direito Constitucional, variando com ele, sensível às alterações sofridas pelas Constituições dos diversos países”. Já HASSEMER,

Aqui, ao estabelecer entre os seus preceitos o princípio da legalidade, a Constituição remete ao legislador ordinário, tanto a decisão do que “deve ser considerado infração penal” quanto a sua respectiva consequência jurídica, constituída pela sanção cominada à espécie. Porém, a sua valia seria reduzida se o “legislador penal ordinário pudesse fixar, com ilimitada liberdade, o alcance dos conceitos de crime e sanção penal”. Razões pelas quais devem ser fixados os marcos devidos em que tal mister pode e deve desenvolver-se de forma legítima.⁹

Para tanto, o sistema receberá diretrizes emanadas dos postulados e do quadro de valores constitucionais, valendo-se dos princípios da proporcionalidade e da legalidade. Aquele, como um parâmetro para medir a constitucionalidade na norma, por via dos seus três vetores (adequação, necessidade e estrita proporção). E este, exigindo a certeza na configuração dos tipos penais, onde ambos limitam o arbítrio legislativo e o crivo dos julgadores.¹⁰ Por sua vez, figuram ainda os “princípios constitucionais influentes em matéria penal”, que condicionam com prevalência o conteúdo penalmente disciplinado, e não a forma penal de tutela. Possuem eles relação com o tipo de Estado, seus fins e o rol de direitos fundamentais, de modo a formar uma relação que limita e legitima a norma penal, pelos *direitos de defesa e deveres de proteção*.¹¹

1.1. Tutela penal e bem jurídico

De acordo com a doutrina preponderante a finalidade do direito penal reside na exclusiva proteção dos bens jurídicos dignos da tutela criminal, diante das condutas suscetíveis de lesioná-los ou colocá-los em perigo. Sendo, a partir daí, necessário apontar os critérios definidores de quais seriam estes bens que rogam tal categoria de proteção, inserido num quadro de relevo.

Assim, sob o prisma constitucional, se o âmago da infração ao Direito é “caracterizado como um ataque à liberdade alheia (à coexistência das liberdades) – e, por essa razão mesma, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico” –, a noção de bem jurídico reivindica a sua devida importância. E aqui, tal incidirá frente ao legislador não como um limite derivado de meras exigências dogmático-penais, mas sim oriundo da Constituição; bem como estando em compasso com o

Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 332, aduz que o “significado jurídico-político do princípio da legalidade” pode ser avaliado no fato de o legislador nacional-socialista de 1935 tê-lo afrontado ao prever que: “será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a ideia fundamental da lei penal e de acordo com o seu sentimento do povo”.

9 FELDENS, Luciano, “A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

10 ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 82.

11 PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 23; e CUNHA, Maria, op. cit., p. 123-5.

princípio da ofensividade, cuja recepção, na Magna Carta, vincula o legislador ordinário para que a responsabilidade penal seja atrelada às condutas que representam perigo ou lesão.¹²

Pondera Claus Roxin que a questão de saber quais qualidades uma conduta deve reunir para ser submetida à sanção penal é um problema que atormenta não apenas o legislador, mas também às ciências penais, assim como o princípio da proteção do bem jurídico como critério legitimador dos tipos criminais.¹³ Ocorre que o “conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica, através da qual se pode separar, desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune”. Mas, sim, trata-se “de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de proteção na perspectiva dos fins do direito penal”.¹⁴

Ainda assim, tem-se no bem jurídico um critério irrenunciável e instrumento valioso de uma política criminal proporcional, frente ao que devem ser rejeitados conceitos vagos, por demais genéricos e incompatíveis com a realidade. Opera ele como ponto de partida para aferir a legitimidade do intervento penal; indicando o *algo* que está sendo tutelado em prol da liberdade externa, da autonomia dos sujeitos de direito e do reconhecimento social mútuo.¹⁵

Expõe Polaino Navarrete que o bem jurídico opera como critério de referência em face das condutas que, por sua especial gravidade, afetam os objetos mais sólidos para a convivência humana, o desenvolvimento da pessoa em sociedade e a sua dignidade, de modo a reivindicar a devida intervenção penal, que se apresenta conectada com a Constituição e os valores emanados dela.¹⁶ Nesta linha, conclui Mir Puig que o bem jurídico é o objeto que merece ser protegido pela lei penal, a qual só pode abranger tais bens, e que o seu conceito não deve ser buscado na realidade naturalística e nem na valoração subjetivo-moral, mas no terreno do social.¹⁷

Com efeito, para Roxin os bens jurídicos são certas circunstâncias ou fins úteis ao indivíduo, o seu livre desenvolvimento e o funcionamento do próprio sistema, servindo de base à teoria do injusto e a política criminal. Assim, atua o Direito Penal na função de garantir aos cidadãos uma coexistência “pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida as liberdades”.¹⁸

12 FELDEN, op. cit., p. 46.

13 ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, Madrid: Marcial Pons. *La Teoría del Bien Jurídico “Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?”* (org.), 2007, p. 443-53.

14 ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1993, p. 61.

15 WOHLERES, Wolfgang. Las Jornadas Desde la Perspectiva de un Escéptico del Bien Jurídico. In: *La Teoría del Bien Jurídico*, op. cit., p. 405. V. PRADO, Luis Regis. *Bem Jurídico e Constituição*. São Paulo: RT, 1997.

16 POLAINO, Navarrete Miguel, “*Bien Jurídico en el Derecho Penal*”, Sevilla: Universidad S., 1974, p. 277-8.

17 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Montevideo: Bdef, 2002, p. 123-4.

18 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 45-6. ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*.

Dessa forma, ao incidir como foco de tutela, a importância dos bens jurídicos surge das relações sociais e dos seus processos dinâmicos, na busca de satisfazer as necessidades coletivas e pessoais que estejam consoantes com a Constituição. Nesse mister, o Direito Penal desempenhará uma dupla função: primeiro no polo positivo, ao proteger (por via de mandados e proibições) os bens jurídicos que incidam diretamente na concreção das necessidades legítimas; e segundo de forma negativa, ao não vedar condutas que bloqueariam a satisfação destas necessidades.¹⁹

Portanto, a Lei Maior opera como fator de desenvolvimento e parâmetro da política criminal do Estado, fazendo com que as bases legitimantes da penalização sejam estabelecidas a partir do vínculo entre “bem jurídico protegido e sua referência (expressa ou implícita) à ordem constitucional de direitos e deveres fundamentais”. De onde, valor e vínculo do objeto exigem sua tutela por meio de normas penais, no mínimo diante dos ataques mais graves.²⁰

Afinal, se a tipificação de condutas gera a limitação de direitos fundamentais como o da própria liberdade (numa ponderação de bens, em que esta cede em prol de outro valor, v.g. a vida, no homicídio), tal procedimento deve respeitar pressupostos mínimos, sendo o principal deles a tutela de objetos que estejam em harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional e cujo conteúdo justifique as restrições advindas da incriminação. Assim, estas só podem incidir quando indispensável a proteger objetos especiais, portadores de dignidade jurídico-penal, estando, pois, descartados interesses menores que podem ser tutelados de modo diverso. Ou seja, em sendo a liberdade um valor constitucional fundamental, este somente pode ser restringido quando seu exercício implicar a ofensa de outro objeto de hierarquia equivalente e em consonância com o sistema constitucional.²¹

Em decorrência, o conceito material de crime resulta da função do Direito Penal de fornecer a tutela subsidiária dos bens jurídicos do sistema social, tornando-os dignos de proteção penal baseado na “ordenação axiológica jurídico-constitucional”. Aqui, o vínculo do bem jurídico criminal advém de um valor constitucional reconhecido em nome da ordem social, e que é prévio ao sistema jurídico-penal, criando uma relação de mútua referência entre esta ordem e a constitucional, com correspondência de sentidos e fins em face de tais vetores. De tal forma que o ordenamento constitucional figura como referencial obrigatório e critério regulador da atividade punitiva estatal. De modo que os bens jurídicos adquirem a devida tutela da lei penal por serem “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.²²

Org. Callegari e Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16-9.

19 BUSTOS RAMIRÉZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Trotta, 2006, p. 71-4.

20 FELDENS, op. cit., p. 70.

21 D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 70-2.

22 DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 66.

Com efeito, a Constituinte ainda impõe ao legislador vínculos na escolha dos bens que receberão a tutela criminal, entre os quais o de que “não podem ser reprimidos comportamentos que sejam expressão de princípios ou de direitos de liberdade garantidos pela Constituição”, ou que estejam em contradição com os preceitos magnos.²³ Também, a conduta que aqui será reprimida deve ser dotada de manifestação externa, sendo insuficiente divagações no âmbito interno do sujeito; além de estar o legislador conformado a certos princípios que a Lei Máxima enuncia como disposições gerais e “como normas relativas a um campo de atuação mais específico”.²⁴

Desta forma, quando relaciona as garantias e os direitos fundamentais, a Carta Magna também delinea, de modo expresso ou implícito, o âmbito do poder punitivo estatal, que não poderá ser exercido nem além e nem aquém dessas linhas, uma vez que muito mais do que uma declaração formal e de matizes orientadoras, a Constituição estabelece normas de caráter obrigatório e geral para órgãos e indivíduos. Uma das consequências práticas disso, é que tais princípios garantidores impedem a interferência autoritária sobre condutas não ofensivas e estranhas à realidade social; ao mesmo tempo em que exigem medidas compatíveis em face dos procedimentos que representem considerável ameaça ou agressão que objetos constitucionais de maior grandeza – a partir do que poderão ser abarcados ou não pela tutela da norma penal.²⁵

Assim, além de inadmitir a ocorrência de delito sem lesão ou perigo para um bem jurídico, apenas para a tutela destes objetos poderá o legislador determinar ou proibir condutas, as quais são tipificadas como ilícito quando necessário para proteger o bem jurídico digno de tutela penal. Já a dignidade é aferida a partir da sua referência à Constituição e não se restringe apenas aos valores individuais, vindo a abarcar os mais importantes objetos sociais e coletivos que sejam suscetíveis de ataque. Contudo, a valia constitucional de um objeto não determina, por si só, a obrigação de ser protegido criminalmente, na medida em que deve ser respeitado o caráter subsidiário da lei penal, ao mesmo tempo em que existe o dever de tutelar outros valores, ainda que implícitos.²⁶

Em consequência, não poderão ser tutelados pela via penal meros sentimentos ético, moral e religioso; ao mesmo tempo em que o surgir de novas situações poderá levar ao reconhecimento de outros bens jurídicos de relevo e à descriminalização de condutas outrora típicas. Afinal, tais objetos nascem da realidade social, sendo produto histórico, que pode ser revisto e sujeito às discussões democráticas, mas sempre respeitando determinados limites, pois não podem figurar como fonte de desigualdade e de discriminação. Ademais, o caráter do bem jurídico também

23 DOLCINI, MARINUCCI, DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e Escolha de Bens Jurídicos*. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 4, 1994, p. 164.

24 FELDENS, op. cit., p. 48-9, citando como exemplo da última disposição o “direito geral de igualdade”.

25 CARVALHO, Márcia. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 33-8.

26 CARBONELL MATEU, op. cit., p. 84.

incide como ferramenta de legitimação e de questionamento da norma penal, além de servir como índice para a sua interpretação, verificando se certa conduta foi ou não ofensiva ao objeto por ela protegido.²⁷

De qualquer modo, a tutela penal deve estar associada à noção de bem jurídico, diante do que, sem a pretensão de formular um catálogo ou conceito definitivo, é possível indicar quais categorias de objetos ostentariam ou não o grau de dignidade capaz de elevá-las à condição de bem jurídico penal, sob certas circunstâncias. Para tanto, é fundamental buscar uma referência na Constituição, face à força e à representatividade desta para o todo o ordenamento, possibilitando que tais bens ajustem-se ao seu quadro de valores ou, no mínimo, não conflitem com ele.

1.2. A irradiação dos preceitos constitucionais

Partindo-se de uma concepção de Estado Democrático de Direito, a Lei Magna tanto deve estabelecer limites ao poder punitivo, como também deve assegurar direitos fundamentais. Para cuja consecução, por vezes, é necessário o uso dos instrumentos penais, os quais devem pautar-se de acordo com os valores constitucionais, a fim de que haja a devida correspondência entre o mal advindo a partir do delito e o gerado pela restrição penal.²⁸

Na espécie, o discurso sobre a legitimidade do Direito Penal é, antes de tudo, o discurso sobre “a sua adaptação material à Constituição”, onde ambos compartilham uma relação axiológico-normativa. Aqui, a igual tempo em que ela “garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal”. De tal modo que em modelos como o nosso que adota um conceito formal de lei, só da Constituição podem advir “restrições previamente dadas ao legislador”, pois “apenas o poder constituinte está habilitado a condicionar a atividade de um poder constituído como o Poder Legislativo”.²⁹

Contudo, tal natureza tem caráter duplo, pois tanto para a criminalização como para a descriminalização o legislador estará vinculado em certa medida, de modo que transita ele entre dois termos, o da plena liberdade e o das pautas que lhe são conferidas pela Constituição, sendo, pois, relativa e não total a sua discricionariedade. Afinal, “embora detentor de um amplo espaço de atuação, não lhe é lícito editar uma lei qualquer em nome de sua legitimidade democrática”, na medida em que prepondera o vínculo material com a Carta Magna e os direitos fundamentais, o que, se inobservado, autoriza a análise judicial do ato pelo controle de constitucionalidade.³⁰

27 BUSTOS RAMIRÉZ.; HORMAZÁBAL MARARÉE, op. cit., p. 74-7.

28 REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

29 FELDENS, op. cit., p. 38.

30 FELDENS, op. cit., p. 38-9.

No caso, o legislador permanece com determinada liberdade para selecionar os bens jurídicos, anotar as formas de imputação, estabelecer as sanções e, de modo geral, configurar os tipos penais em todos os seus aspectos. Porém, esse poder esbarra na constitucionalidade das medidas, inclusive sujeitas ao devido controle jurisdicional, uma vez que a intervenção penal afeta o desenvolvimento dos direitos fundamentais.³¹

Tal ocorre, face aos efeitos irradiados pela Constituição e os consecutários daí inerentes ao sistema, ao gerar elos substanciais impondo proibições e obrigações com vistas ao resguardo dos direitos fundamentais, os quais vinculam os poderes públicos e também as maiorias. Já que as garantias constitucionais de tais direitos representam a própria garantia do Estado de Direito e da democracia, onde não se pode abdicar da intervenção penal, nem utilizá-la com rigor excessivo.³²

Assim, a criminalização de condutas deve estar conformada à Constituição, diante dos reflexos daí advindos para os direitos fundamentais, na medida em que tanto os excessos quanto as ineficiências penais repercutem sobre o exercício das liberdades, já que estas não devem ser restringidas além da conta pelo rigor da intervenção, e nem protegidas aquém do que deveriam por uma intervenção estatal deficiente ou omissa. Dessa forma, o ônus do Estado em medir o âmbito da intervenção devida manifesta-se duplamente, seja por via dos *direitos de defesa*, ou pelos *deveres de proteção*. De modo que a incidência penal deve estar orientada pelos valores constitucionais e o princípio da proporcionalidade, vindo a tutelar objetos relevantes, frente a graves ofensas, bem como em compasso com medidas que sejam adequadas, necessárias e proporcionais ao fato.³³

Portanto, a Constituição figura como um mecanismo superior que confere não só limites, mas também fundamentos ao Direito Penal, inclusive indicando em que hipóteses a criminalização de certas condutas é requerida ou é incabível. Para mediar tal relação, o ordenamento vale-se do princípio da proporcionalidade, o qual age em face dos direitos de defesa e de proteção, evitando abusos e deficiências por parte do Estado, objetivando ao respeito dos direitos fundamentais.³⁴

Dessa forma, a Constituição opera sobre o Direito Penal aquilo que Canotilho denomina de “função garantística” dos direitos e das liberdades, os quais, inseridos no catálogo daquela, lograram subtrair da livre disponibilidade do soberano a titularidade e o exercício dos direitos fundamentais, vinculando o Estado nos elos político e jurídico.³⁵ Por sua vez, esta obrigação será adimplida pelo Direito Penal

31 PRIETO SANCHÍS, Luis. El Constitucionalismo de los Derechos. In: CARBONELL, Miguel.(Org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos Escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 225-6.

32 FERRAJOLLI, Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías. FERRAJOLLI, Luigi, et al. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*. Madrid: FCJE, 2008, p. 90.

33 PRIETO SANCHÍS, op. cit., 2007, p. 229; e CUNHA, Maria, op. cit., p. 127.

34 LOPERA MESA. *Principio de Proporcionalidad e Ley Penal*. Madrid: Centro CEPC, 2006, p. 329-37.

35 CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2003, Coimbra, Almedina.

quando seus meios forem adequados e necessários, incorrendo em outro meio de tutela eficaz para tais valores. Aqui, os direitos fundamentais acabam por exercer uma influência que legitima e a igual tempo limita o Direito Penal. Esta, dentro de um patamar máximo; e aquela, como um padrão mínimo irrenunciável para que haja uma proteção eficiente.

Assim, o modelo constitucional também reflete no penal, seja de forma *negativa*, ao limitar o legislador ordinário em determinado âmbito (v. g. vedando penas cruéis), como *positiva*, ao ordenar a criminalização de dadas condutas (v. g. a prática de racismo e tortura). Estabelece, pois, certas pautas para o Estado no seu direito de punir, vindo estas a adquirirem a categoria de princípios constitucionais-penais que se irradiam pelo sistema e vinculam seus operadores.³⁶ Diante do que, a formatação dos crimes e das penas não pode se constituir num ato de todo discricionário, pois recebe os influxos da Lei Magna e dos seus princípios; fazendo com que, apesar de amplo, o poder de legislar não seja pleno e esteja sujeito ao controle constitucional.³⁷

Portanto, partindo-se da premissa de que a Constituição abarca os postulados máximos de justiça que irradia e pretende impor, a categoria de bem jurídico protegido penalmente deve ser cotejada com os princípios constitucionais no seu quadro de valores de maior relevância, mormente pela sua superioridade normativa no sistema. Afinal, como tal Carta é a “expressão concentrada do direito existente” numa determinada ordem social, na qual se insere a “concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente”, a partir dela poderão ser abstraídos os principais bens a serem tutelados, o que em dadas circunstâncias será exercida pela lei penal.³⁸

Ocorre que a Constituição não é apenas “o repositório principal dos bens passíveis de criminalização”, mas também abriga os princípios básicos que modelam a vida em sociedade, que consagram os direitos fundamentais e que se constituem em cláusulas pétreas não derogáveis. Daí, derivam limites que em matéria penal o legislador ordinário não poderá romper (para mais ou menos), de modo que a Constituição opera como a base e o topo do processo criminalizador, o qual tem como sua fonte principal os bens constitucionais, colhidos após uma filtragem valorativa.³⁹

Para tanto, o princípio da proporcionalidade figura como garantidor do exercício dos direitos fundamentais, num modelo duplo e equilibrado, norteador do legislador para que o cidadão esteja imune aos exageros e deficiências da lei penal, frente à tutela dos objetos mais relevantes. Aqui, a ferramenta orientadora na “caracterização dos bens mercedores de tutela penal será a Constituição, índice primário,

36 ESSADO, Tiago. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 19.

37 STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 34-6; e STRECK, Lênio Luiz. Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): De Como Não Há Blindagem Contra Normas Penais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: IHJ, 2004, nº 2, p. 254-80.

38 CARVALHO, op. cit., p. 33-48, referindo tanto os bens expressos quanto os de alguma forma consagrados.

39 LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 173-7.

ainda que não exclusivo” de relevo dos bens, para cuja defesa de agressões caberá o uso da sanção, caso outros meios de controle não se revelarem exitosos.⁴⁰

Com esteio nisso, as leis criminais devem estar em compasso com os preceitos da Lei Maior, observando a hierarquia de valores lançados no texto desta. A partir do que, as normas serão formadas, interpretadas e compatibilizadas, ocorrendo os processos de criminalização e de descriminalização, os quais devem respeitar a valia extrínseca e intrínseca dos bens constitucionais de relevo, propiciando a intervenção cabível, que seja de *extrema ratio*, mas eficaz e não ausente.⁴¹

2. DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

Com suporte nos fundamentos delineados, é correto afirmar que a Constituição impõe certos limites à lei penal, fora dos quais a criminalização de dadas condutas não será legal, nem legítima. Entretanto, a ordem constitucional não se restringe apenas a indicar o que pode ou não ser realizado pelo legislador, vindo ela também a determinar o que deve ser feito, por via dos chamados mandados constitucionais de criminalização. Diante dos quais o constituinte previamente seleciona e comanda que certos bens jurídicos sejam tutelados pela via penal, a qual deverá ser mantida pelo sistema, para cumprir os deveres de proteção.

A profundidade da relação entre Direito Penal e Constituição também aparece na conexão íntima que incide entre o dever de prestação normativa na área criminal e a sua ligação com os direitos fundamentais, em face do ônus estatal em torno da sua proteção. O que, por vezes, só será operado de forma adequada com o uso das leis penais, sob o risco da ausência das devidas normas afetar interesses e direitos individuais e sociais.⁴²

Na espécie, o fundamento constitucional dos bens jurídicos confere ao sistema a obrigação de que certos direitos e interesses sejam tutelados pela via mais forte. De onde, além dos meios usuais voltados à consecução e à garantia dos valores fundamentais expressos na Lei Superior, o Estado também deve valer-se da ciência e das formas penais no exercício da “persecução de maior número de metas propiciadas de transformação social e da tutela de interesses” de caráter coletivo e pessoal, cujas manifestações mais unívocas provêm das ditas “cláusulas expressas de penalização”.⁴³

Assim, o dever de criminalizar determinadas condutas emana de uma ordem de valores cominadas pela Lei Magna e que é anterior ao legislador penal, sendo

40 DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, nº 4, 1994, p. 197-8.

41 FLACH, Michael Schneider. A Relação entre Bem Jurídico-Penal e Constituição. *Revista Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 50-5, jan./jun. 2010.

42 FELDENS, op. cit., 2005, p. 72-3.

43 PALAZZO, op. cit., p. 103.

externa e superior ao Direito Penal, e com base normativo-constitucionalista. Então, além de impor ao legislador ordinário, limites na escolha dos objetos a serem tutelados penalmente, a Constituição ainda determina a obrigação de incriminar a ofensa de certos bens, cuja razão advém do relevo do objeto e da necessidade do manejo dos instrumentos penais, considerados como apropriados e os únicos capazes de assegurar a devida e a eficaz proteção que tais bens requerem.⁴⁴

Ao proceder de tal modo, o constituinte estabeleceu obrigações de criminalização, de acordo com critérios adequados de política criminal, que envolvem o merecimento e a necessidade da sanção. Mais do que inspiração, tal circunstância traduz-se num dever do legislador ordinário de elaborar os respectivos tipos penais ou, caso já previstos, de não os extirpar do sistema de forma arbitrária. Portanto, o sistema de bens jurídicos constitucionais orbita “da necessidade de que a tutela penal seja orientada *somente* a objetos legítimos à *necessidade de tutela penal* em um determinado âmbito valorativo”. De tal modo que as obrigações constitucionais de penalização figuram numa relação de complemento entre as funções delimitadora e fundante do Direito Penal, e significam tanto “um limite garantista intransponível” quanto “um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção”.⁴⁵

Com efeito, a mera valia constitucional do objeto não significa por si só que a sua tutela deva ser exercida obrigatoriamente pelo Direito Penal, uma vez que outras formas adequadas podem atingir com a mesma eficácia o devido nível de proteção. Contudo, quando o constituinte elege certos bens e determina que sejam tutelados pela via criminal, a idoneidade e a necessidade deste tipo de recurso já está previamente indicada, descabendo ao legislador ordinário tal análise e incumbindo-lhe implementar o comando emanado. Ainda assim, porém, ele possuirá certa autonomia para, após o devido balanceamento, sufragar a forma mais apropriada de formular o tipo e a sanção, de acordo com o princípio também constitucional da proporcionalidade.⁴⁶

O objetivo das ordens constitucionais de criminalização é o de oferecer uma proteção suficiente a certos direitos e valores, fundamentais para um Estado Democrático e Social de Direito, diante dos ataques alheios. Para o que, o constituinte entendeu como adequado e necessário o Direito Penal, ora eleito como o meio ideal ao adimplemento dos deveres legais de proteção. Assim, o destinatário do mandado constitucional de penalização é o legislador ordinário, a quem é transmitido um dever de legislar em favor da tutela de um bem jurídico-penal. Sobre o conteúdo, o mandado não define a conduta típica e nem as circunstâncias da sanção, mas esta-

44 ROXIN, op. cit., 1997, p. 64; FELDENS, op. cit., 2005, p. 73; e DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 170-3.

45 FELDENS, op. cit., 2005, p. 73-5.

46 FLACH, Michael Schneider. *As Duas Faces do Princípio da Proporcionalidade e as Normas Penais: Entre a Proibição do Excesso e a Proibição da Proteção Deficiente*. Dissertação de Mestrado. PUCRS. Porto Alegre, 2009.

belece uma *obrigação positiva* de criminalizar certa conduta, ou *negativa* para vedar a retirada de determinada tutela penal já existente.⁴⁷

Dessa forma, as disposições constitucionais configuram tanto autonomia, como vínculo duplo ao legislador. Este, no sentido de que atue e de que o faça de acordo com os demais preceitos da Lei Superior. E aquele, conferindo margem para que decida qual bem jurídico de viés constitucional deverá ser protegido penalmente. E, dentre os bens já indicados no seu texto, quais aspectos, condutas e sanções o devido tipo deverá contemplar.

Diante do que, o mandado opera como uma relativa imposição voltada ao legislador ordinário, para que elabore o tipo criminal de acordo com o comando constitucional e abstraia-se de retirar ou minimizar a proteção penal já existente sobre determinado objeto ali compreendido. Incide, ainda, como parâmetro de aferição da “inconstitucionalidade da lei editada em desconformidade com o seu conteúdo”. O que embora não suste, acaba por limitar a liberdade legislativa de conformação.⁴⁸

Assim, na hipótese de serem abolidos tipos penais de tal gabaritos, anteriores ou posteriores à edição da ordem constitucional, o ato que as extirpou ou enfraqueceu em demasia deverá ser declarado inconstitucional. Na medida em que se apresenta em desconformidade com o comando superior emanado da Carta Magna, o qual determinava a devida criminalização de dada conduta, de modo que o antigo dispositivo deve retornar a seu vigor, embora sem retroagir.⁴⁹

Por iguais fundamentos, o mesmo dispositivo constitucional que determina a criminalização da conduta, também proíbe que esta seja descriminalizada. Aqui, não se veda propriamente que ela seja alterada ou substituída, dentro de certos limites. Contudo, o que não pode ocorrer é que ela seja retirada do ordenamento, formando-se um vácuo, ou que ocorra uma modificação tão profunda que acabe por retirar os efeitos pretendidos pelo constituinte, conduzindo a uma insuficiência de tutela.

Tais comandos de natureza proibitiva e obrigatória advêm de motivações conectadas à supremacia da Lei Maior, à máxima efetividade das suas normas e à própria proibição de retrocesso em termos de proteção dos direitos fundamentais. Por conta disso, normas de inferior hierarquia não poderão entrar em conflito com a Constituição; o legislador não poderá quedar inerte, de modo a não implementar o comando exarado naquela ordem, e, muito menos, ser-lhe-á permitido rebaixar o nível de tutela determinado pela Carta Magna.

47 GONÇALVES, Luiz dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 160-9. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 109-115.

48 FELDENS, 2005, p. 75-80.

49 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 176-8, referindo ainda os efeitos daí advindos em certos sistemas.

Entretanto, o legislador não está propriamente proibido de alterar o texto da lei ordinária que trata sobre tais crimes, nem está obrigado a repetir literalmente os termos expressos na Constituição, quando estiver elaborando os tipos penais. Afinal, ele ainda dispõe de certa margem de conformação, inclusive para que possa modelar o tipo e a sanção de acordo com as circunstâncias específicas e as exigências sociais de cada momento.

De outra aresta, porém, o que não se apresenta na alça de disponibilidade do legislador são alterações substanciais no âmbito da conduta, a extinção de uma modalidade de ilícito determinada pela Constituição, a cominação de categoria inferior de sanção perante a já ordenada, a concessão de benefícios vedados, ou alguma mutação que colida com as determinações constitucionais e que venha a violar o princípio da proporcionalidade no seu fator de proibição da proteção deficiente.⁵⁰

2.1. Os mandados de criminalização expressos e a Constituição Federal

Ao realizar o cotejo entre os fatores históricos, os objetivos vigentes quando da outorga da nova Lei Magna e a previsão de que determinados bens possam vir a ser alvo de atentados mais graves e frequentes, pode ocorrer que, desde já, o constituinte determine o uso dos meios penais, como “instrumento irrenunciável de prevenção e repressão” de tais agressões, contemplando-os por via dos mandados expressos de criminalização.⁵¹

Na espécie, a Constituição delegará um poder legítimo, o qual não caberia ao constituinte determinar e regulamentar de forma mais específica, e que será cumprido justamente para atender aos fins e aos direitos consagrados na própria Carta Magna. Tal tarefa será realizada não exclusivamente, mas inclusive por via de normas penais, como forma de quitar os ônus dos deveres de proteção dos direitos fundamentais.⁵²

Com efeito, se por um lado os mandados constitucionais de criminalização representam restrição à liberdade configurativa do legislador e um dever de atuação irrenunciável, por outro as normas que determinam a tipificação de certas condutas não possuem, neste sentido, uma eficácia direta e independente, sendo incabível a punição automática com exclusivo fundamento no texto Magno, por questões de legalidade.⁵³

50 FLACH, Michael Schneider. A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, ano 10, nº 18, p. 221-2, 2010.

51 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 173-4. Aqui é projetado o futuro, a partir do passado. Assim, ao cominar a punição da tortura e dos atentados à democracia e aos direitos fundamentais, objetiva-se prevenir o regresso da ditadura. E quando se determina a tutela penal ambiental, está a se contemplar o seu valor e os riscos futuros.

52 FELDENS, op. cit., 2005, p. 75-8. Embora a proteção não seja exclusiva dos direitos fundamentais.

53 GONÇALVES, Luiz, op. cit., p. 169-72 e 180-4; e FELDENS, op. cit., 2005, p. 77-80.

Entretanto, tal não significa que os mandados não sejam dotados de eficácia alguma, pois eles impedem que a tutela penal sobre bens jurídicos, já existente antes da sua edição, sofra grave redução ou supressão no sistema, bem como derogam normas inferiores que contrariem seus preceitos. Além de irradiar efeitos na área extrapenal, de modo a gerar uma vinculação dos poderes públicos em torno destes comandos e dos direitos fundamentais, quando da elaboração, aplicação e interpretação das normas.⁵⁴

Seguindo os passos de outras cartas e ordens, a Constituição Federal do Brasil de 1988 também expressou no seu corpo comandos determinando a criminalização de condutas, como forma de tutelar certos bens jurídicos de importância individual ou coletiva, dos ataques que lhe fossem prejudiciais. Considerou-se então que pelo seu relevo estes objetos deveriam ser protegidos em nível constitucional, sendo desde já indicada a lei penal como o meio mais idôneo e necessário para a tutela eficaz pretendida e exigida para tais casos.

Os primeiros mandados de criminalização expressos na nossa Constituição repousam no seu Título II, junto ao rol de Direitos e Garantias Fundamentais. Aqui, no art. 5º, XLI, após prever que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*, foi cominado no seu inciso XLII que *“a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”*.

Neste caso, a lei penal está sendo utilizada para garantir, a seu modo, a ordem constitucional de que nenhuma pessoa seja discriminada pela raça. De forma a propiciar o exercício de liberdades individuais de convivência, o desenvolvimento da personalidade sem o temor de desrespeito pela etnia e a integração social de todos.⁵⁵ Inclusive, atendendo aos postulados do seu preâmbulo e aos objetivos fundamentais do país expressos no art. 3º, de uma sociedade livre, justa, solidária, com a redução das desigualdades e sem preconceitos.

Igualmente, além de determinar a criminalização de condutas que denotem a prática de racismo, a Constituição ainda cominou que a categoria da pena dos futuros tipos seria de reclusão, bem como inafiançáveis e imprescritíveis. O que foi adimplido por via da Lei nº 7.716/89, a qual pune *“os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”*, ali devidamente definidos e tipificados.⁵⁶

54 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 384-95; e SARLET, Ingo. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, p. 317-66, 2004.

55 FELDENS, op. cit., 2005, p. 81, aduz que quando o desfrute do direito fundamental de não ser discriminado é ameaçado por uma ação contrária, *“a redução do espaço de liberdade individual (do agressor) é ponderada”* pelo *“alargamento do espaço de liberdade individual do titular do direito fundamental potencialmente atingido”*.

56 Vide Leis nº 2.889/56 (Genocídio), nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) e nº 12.288/2010 (Igualdade Racial).

Por sua vez, o art. 5º, XLIII, ordena que: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da 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, 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. Embora não tenha adentrado em questões penais sobre a descrição do tipo e o nível de sanção, o dispositivo restringe a liberdade do legislador em decidir por criminalizar ou não as condutas já ali elencadas e determinadas, além de prescrever alguns benefícios a serem vedados para tais ilícitos.⁵⁷

Iniciando pelo crime de tráfico de drogas, era ele antes previsto no art. 281 do atual Código Penal, até ser revogado pela Lei nº 6.368/76, que nos artigos 12 a 14 tipificava tais condutas, as quais não sofreram alteração pela Lei nº 10.409/2002, mas foram modificadas pelas novas descrições dos artigos 33 a 35 da Lei nº 11.343/06.⁵⁸

Com efeito, antes da outorga da Constituição de 1988, a legislação penal já punia as ações consideradas como de tráfico e que sempre foram mantidas em vigor. Contudo, apesar das modificações operadas na nova lei em relação a algumas figuras, não se constata decréscimo por demais prejudicial ao nível de tutela e sequer revogação das condutas que o sistema comprometeu-se a reprimir como de tráfico. Restando observado o mandado, já que no mais o legislador dispõe de um largo espectro para configurar tais crimes.⁵⁹

Quanto ao crime de tortura, foi ele implementado na Lei nº 9.455/97, que no seu art. 1º definiu no que consiste tal ilícito, tanto pelo sofrimento físico quanto mental. Assim, além de o legislador ter adimplido a ordem constitucional, ainda estruturou a tortura como um crime comum, o qual pode ser praticado por qualquer pessoa, e não apenas por agente público.⁶⁰

No tocante aos chamados crimes hediondos, o legislador atendeu ao comando constitucional com o advento da Lei nº 8.072/90, enumerando-os no seu art. 1º. Além das restrições já impostas pela Carta Magna, em sua redação original ainda cominou que seriam eles insuscetíveis de indulto e liberdade provisória, ampliou o prazo da prisão temporária, exigiu a fundamentação para o réu recorrer em liberdade da condenação, determinou que a pena deveria ser cumprida no regime integral fechado e que o livramento condicional só pode ser concedido após

57 FELDENS, op. cit., 2005, p. 82.

58 Apesar das novas alterações sobre o consumo, a pena mínima para o principal delito de tráfico aumentou, ocorreu a tipificação do financiamento (art. 36) e ampliaram-se as hipóteses agravantes (art. 40). Ver NUCCI, Guilherme de Souza, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, 7. ed., São Paulo: RT, 2013.

59 GONÇALVES, Luiz, op. cit., p. 251, observa a liberdade do legislador para definir o que é substância entorpecente, tráfico e as condições que este envolve, desde que mantidos os objetivos constitucionais.

60 FRANCO, Alberto Silva. Tortura. Breves Anotações sobre a Lei 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, ano 5, nº 19, p. 55 e 58-61, jul./set. 1997.

cumprido dois terços da pena e desde que o condenado não fosse reincidente específico, dentre outras previsões.

Importa observar que tal norma sofreu alterações ao longo do tempo, as quais de um lado modificaram e ampliaram o rol inicial dos delitos considerados hediondos, mas de outro revogaram restrições impostas na redação original (como no tocante à progressão de regime). Contudo, as novas disposições não afrontam a matriz do comando constitucional, na medida em que a amplitude concedida atende ao objetivo de combater com maior rigor os crimes mais graves. Ao mesmo tempo em que a redução das implicações não violou de frente a determinação de que tais delitos são insuscetíveis de fiança, anistia, graça e indulto, e de que o regime inicial para o cumprimento da pena é o fechado.⁶¹

Por fim, diverso do tráfico de drogas (já presente no sistema), da tortura e dos crimes hediondos (implementados após a Constituição de 1988), o terrorismo jamais foi tipificado no nosso ordenamento, permanecendo tal lacuna vaga. Contudo, temos menção a ele na Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa)⁶² e na redação original da já revogada Lei nº 9.613/98.

Igualmente, outra disposição não integrada é a do art. 5º, XLIV, o qual prevê que: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”. Trata-se de comando sobre bens e interesses coletivos, tutelando o aparato constitucional, o sistema democrático e a ordem geral da nação, de agressões armadas de órgãos ou grupos militares ou civis, como no caso de revolução ou golpe de Estado.⁶³

No caso, embora o legislador não tenha elaborado após um tipo penal próprio, para alguns parte desta previsão estaria atendida na Lei nº 7.170/83, a qual “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social”. Entretanto, não observamos nelas uma formulação própria que esteja a atender, de modo específico, ao comando constitucional. Inclusive, nota-se que a Lei nº 7.170/83 foi concebida em fase anterior à redemocratização do país, quando contávamos com um Presidente da República não eleito diretamente pelo povo. Portanto, concluímos que até o presente o mandado expresso no art. 5º, XLIV, não foi cumprido pelo legislador.⁶⁴

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

61 Vide TOVIL, Joel. *A Nova Lei dos Crimes Hediondos Comentada: Aspectos Penais, Processuais e Jurisprudenciais (na reforma das leis 8.930/94, 9.677/98, 9.695/98 e 11.464/2007)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Já a alteração mais recente foi a da Lei nº 12.978/2014, que incluiu no rol dos hediondos o “favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.”

62 Pelo art. 1º, § 2º, II, a lei se aplica também “às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional”, e “os atos preparatórios ou de execução” que “ocorram ou possam ocorrer em território nacional”. Ver CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: Comentários à Nova Lei sobre o Crime Organizado: Lei nº 12.850/2013*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

63 FELDENS, op. cit., 2005, p. 83; e GONÇALVES, Luiz, op. cit., p. 240-8.

64 Alguma conexão pode ser observada no teor do art. 2º da Lei nº 12.850/2013.

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 mandato, 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.⁶⁵

Assim, diante do inadimplemento do dever constitucional de legislar, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o remédio previsto pelo art. 103, § 2º, da Constituição Federal.⁶⁶ Instrumento este que objetiva efetivar o comando magno na “defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis”, na medida em que os órgãos legislativos têm “o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social”.⁶⁷

Por força dos princípios da repartição dos Poderes e da ordem democrática, caberá à Corte Constitucional cientificar o Parlamento para que quite com o seu dever de legislar sobre a matéria. Aqui referente à proteção penal de um bem jurídico já selecionado na Lei Superior, cujo âmbito confere-lhe teor de legitimação e validade, presumindo-se a idoneidade e a necessidade da utilização do método sinalizado pelo constituinte, o qual deverá ser empregado com proporcionalidade.⁶⁸

Contudo, na medida em que o Poder Legislativo detém autonomia sobre a oportunidade e a conveniência de legislar, o Supremo Tribunal não tem competência para suprimir tal lacuna e nem para “coagir” o Parlamento a fazê-lo de forma exata e determinada.⁶⁹ De onde acaba este por incorrer em “responsabili-

65 CANOTILHO, op.cit., p. 1033-8.

66 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 614-28. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 686-8, explica que declarada a inconstitucionalidade e cientificado o Legislativo, fixa-se judicialmente a omissão, com efeitos retroativos (*ex tunc*) e *erga omnes* tocante a perdas e danos.

67 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1177-88 e 1197. Explicam que a omissão pode ser total ou parcial; e que no Mandado de Injunção nº 107 (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28-11-1989), o Supremo Tribunal Federal decidiu não estar autorizado a expedir uma “norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata”, pois “tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de Poderes.” E se reconhecida a “existência de omissão morosa do legislador, o Tribunal haverá de declarar a inconstitucionalidade da omissão, devendo [...] dar ciência da decisão ao órgão ou aos órgãos cujo comportamento moroso se censura para que empreendam as medidas necessárias.” Então concluem que apesar do “esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada.”

68 FELDENS, op. cit., 2005, p. 79, ao comentar ser “robustecida sua presunção de constitucionalidade”.

69 Exceção foi a decisão do STF julgando procedente a ADI 3682 (Rel. Min. Gilmar Mendes, 09/05/2007), para “reconhecer a mora do Congresso Nacional e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo art. 18, §4º”, da CF. Porém, para PINHO, Rodrigo César Rebello, “Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43, a justificativa aqui lançada foi a de que “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável.”

dade política” e “ilicitude constitucional”, ao não cumprir com um dever legítimo, necessário e devido.⁷⁰

De qualquer modo, a existência de mandados expressos de criminalização reforça a estreita relação entre Constituição e Direito Penal. Além de demonstrar que este é mais um instrumento disponível ao poder público, com o fito de realizar os preceitos com os quais o Estado Democrático e Social de Direito está comprometido, em especial a tutela dos direitos fundamentais e dos valores mais caros ao indivíduo e à sociedade.

Inclusive, salienta-se que eles não se esgotam no rol do art. 5º da CF, alcançando outros dispositivos constitucionais e alastrando-se até a teoria dos mandados implícitos. Na medida em que, para além dos contidos no seio dos direitos e garantias fundamentais, vislumbram-se mandados constitucionais expressos de criminalização nos artigos 7º, X, 216, §4º, 225, §3º, e 227, §4º, todos da Constituição Federal de 1988.⁷¹

2.1.1. Os mandados constitucionais de criminalização implícitos

A existência de normas constitucionais que venham impor implicitamente ao legislador o ônus de criminalizar e que vedam, sob pena de inconstitucionalidade, a retirada total ou parcial deste tipo de tutela nas disposições já existentes ou que se seguirem a ela, é tema dos mais controversos na doutrina, bem como um dos mais delicados na relação compartilhada entre Constituição e Direito Penal.⁷²

No caso dos mandados expressos, a obrigação constitucional de penalização está claramente enunciada por via de normas resultantes das escolhas políticas e criminais do constituinte. O qual, em tais situações, não se limita apenas a afirmar o valor eminente de um bem, indo além ao reconhecer na sanção penal “o único instrumento adequado à sua tutela.”⁷³

Entretanto, existem outras disposições constitucionais que, de forma genérica, determinam ao Estado que “garanta”, “tutele” ou “proteja” determinado bem, além das que impõem que se “proíba”, “reprima” ou “vede” certas condutas; vindo todas a vincular o legislador ordinário e os poderes públicos no sentido de que tais comportamentos realizem-se. Embora não haja a prescrição direta sobre o modo com que tal forma de tutela ou vedação deva ser operada, caberá aos destinatários estatais, no exercício da sua discricionariedade, a escolha dos meios mais adequados para tal fim, e que não precisarão ser necessariamente os penais, se dotados de suficiente eficácia.⁷⁴

70 FELDENS, op. cit., 2005, p. 79, aduzindo a lição de Gómez Puente, Acosta Gallo e Martín-Reportillo.

71 Por questão de tempo e objeto não abordaremos as demais hipóteses. V. FELDENS, 2005, op. cit., p. 65-84.

72 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 178; mas apresentando também as críticas a esta concepção.

73 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 181.

74 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 179-82.

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.⁷⁵

Assim, da mesma forma com que incidem várias determinações constitucionais voltadas não apenas à tutela penal de bens jurídicos singulares, mas dos coletivos, é possível concluir que a Constituição também está a exigir uma proteção não de todos, mas ao menos, de certos bens jurídicos, os quais se revelem inequivocamente primários no âmbito de uma sociedade democrática submetida a um programa constitucional básico, assentado na defesa da vida, da liberdade e da dignidade humana”.⁷⁶

Com efeito, observa-se que ao selecionar determinadas matérias como alvo da tutela penal, a Constituição considerou a importância dos respectivos bens. Porém, esta escolha não significa que tais objetos ocupem, obrigatoriamente, uma maior primazia valorativa, com a inferiorização dos demais. Ocorre que, receoso sobre os critérios empregados pelo legislador ordinário, pode ser que desde já o constituinte tenha optado por criminalizar os atentados contra certos bens jurídicos, que em princípio não estariam entre as posições mais elevadas. Mas se absteve de fazer o mesmo em relação a outros mais relevantes, como a vida, pela necessidade óbvia e a altíssima probabilidade de que seriam penalmente protegidos.⁷⁷

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 expresso 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.

Na espécie, a teoria dos mandados implícitos de criminalização recebeu suporte concreto a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, BVerfGE 39, 1, de 1975, ao declarar inconstitucional a Lei de Reforma do Código Penal, sobre a possibilidade de interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação, sem que tal fosse considerado crime de aborto. Na ocasião, a Corte firmou que o direito à vida, incluso a intrauterina, é um valor fundamental que está “*determinantemente protegido*” pela Constituição. De modo que não apenas os

75 FELDENS, op. cit., 2005, op. cit., p. 94.

76 FELDENS, op. cit., 2005, p. 94, remetendo ao escólio de Santana Vega.

77 FELDENS, op. cit., 2005, p. 94.

direitos, como também os “valores constitucionais fundamentais podem converter-se em bens jurídicos a exigirem proteção por meio de normas penais”, mormente em casos extremos.⁷⁸

Para tanto, o Tribunal da Alemanha lastreou o seu julgamento nos postulados de que a Constituição contempla “bens de categoria proeminente, encarnados nos direitos fundamentais”, como o direito à vida. Diante dos quais, a sanção criminal representa o único instrumento protetivo, o qual “não pode ser deslegitimado por prognósticos relacionados com a ineficácia da tutela penal ou com a maior eficácia de outras formas” de controle jurídico, nem pela dedução de possíveis danos a bens de igual valia.⁷⁹

De modo específico, questionou “se o conjunto de medidas que se aplicam à proteção da vida intrauterina” é capaz de garantir uma tutela efetiva e “proporcional ao significado do bem jurídico a ser protegido”. Já que, nos casos extremos, quando a “proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a se valer de instrumentos do direito penal” para a sua garantia.⁸⁰

No caso, se numa dimensão a norma criminal representa a “ultima ratio” a ser empregada com a proporcionalidade; na outra face, por força deste mesmo princípio, tal “medida deve ser utilizada se não for conseguido de outra feita uma efetiva proteção da vida”, o que é exigido pelo “valor e o significado do bem a ser protegido”. Não como um dever absoluto, mas como uma obrigação relativa, “survida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios”, o que então torna aqui irrenunciável a via penal.⁸¹

Em decorrência, quando da análise da constitucionalidade da norma que retirou a tutela penal de certo bem jurídico, o Tribunal Constitucional realizará um processo de filtragem semelhante ao do Legislativo e com amparo no princípio da proporcionalidade. De início, verificará o relevo do objeto, o interesse que era protegido pela norma, o seu vínculo com os valores constitucionais e o nível de ofensividade das condutas que lhe possam perturbar. Após, firmará o seu juízo sobre a adequação e a necessidade de proteção pelo meio penal, diagnosticando os custos e benefícios que este representa.⁸²

Assim, ao examinar a função da tutela criminal, o Tribunal está autorizado a realizar valorações sobre a legitimidade e a eficácia das várias sanções potencialmente utilizáveis e da proporção dos seus maiores custos, ao pretender obter mais benefícios. Diante do que, caso reconhecida a proporcionalidade da norma

78 FELDENS, op. cit., 2005, p. 95-6.

79 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 183.

80 BverfGE 39, 1, de 25/02/1975, *apud* SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea Original. Organização e Introdução: MARTINS, Leonardo; Tradução: Beatriz Hennig et al., Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 267-8.

81 BverfGE 39, 1, de 25/02/1975, *apud* SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 271.

82 PALAZZO, op. cit., p. 112-3.

penal e declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que a excluiu ou a reduziu indevidamente, aquela deverá retornar ao sistema, para que vigore e realize os seus efeitos protetivos.⁸³

Com efeito, a partir desta decisão alemã e de outras cortes europeias, seguiu-se uma discussão ampla sobre os limites do legislador ordinário na sua liberdade de configuração penal, diante da relação entre o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais. A nota em comum captada do entendimento emanado por tais decisões é que, ao transitar entre um limite máximo e mínimo na tutela normativa de um direito ou valor fundamental, o legislador penal está vinculado não apenas às expressas disposições constitucionais, como também às implícitas, que no seu limite requerem o uso dos meios penais.⁸⁴

Aqui, tais limitações implícitas adviriam da “análise sistemático-axiológica da Constituição”, a partir das próprias funções de um Estado de Direito Social e Democrático, “em face de direitos dotados de inequívoca primazia constitucional”, como o da proteção da vida, nas suas diversas categorias. Dito fundamento reside, principalmente, em dois aportes dogmáticos ligados à teoria dos direitos fundamentais: a dupla dimensão destes direitos e a proibição da proteção deficiente.⁸⁵

Por via dos citados postulados, a Constituição sinaliza que o Direito Penal não é apenas um instrumento repressivo e redutor do espaço de liberdade dos cidadãos. Mas, sim, que lhe deve ser reconhecida uma outra função, consistente na tutela dos direitos e garantias fundamentais. O que por vezes só virá a ser implementado de modo eficiente pelo manuseio dos instrumentos penais, com o fim de fornecer um desfrute mais efetivo do bem jurídico valioso ameaçado por uma eventual conduta ofensiva.⁸⁶

Entretanto, a aceitação dos mandados implícitos de criminalização não significa que basta o bem possuir assento constitucional para que, em toda e qualquer ocasião, seja-lhe dirigida proteção normativa e penal. No caso, o objeto deve possuir “nítida e inquestionável preponderância dentro da própria ordem constitucional de valores”. Também, a ofensividade do ataque contra ele deve ser tal, que outros meios seriam incapazes de fornecer a tutela eficiente que o bem jurídico requer, de tal modo que a intervenção penal figure como adequada e necessária para a sua eficaz proteção.⁸⁷

Assim, em situações específicas, quando presentes tais circunstâncias, os direitos de índole fundamental não poderão ser guarnecidos de forma apta apenas pelo emprego de outros meios, que não os penais.⁸⁸ Nesses casos, sobre o legislador incidirá a obrigação de utilizar todos os métodos ao seu alcance para uma tutela eficaz, além da proibição de retirar a proteção penal existente. Afinal, conforme Stern, como

83 PALAZZO, op. cit., p. 110-5. Mas é claro, sempre observado o princípio da legalidade.

84 FELDENS, op. cit., 2005, p. 97, citando os julgados da Espanha (STC 53/195) e Itália (Sentenza 14).

85 FELDENS, op. cit., 2005, p. 97-8, anota que os mandados implícitos limitam a liberdade do legislador.

86 STRECK; FELDENS, op. cit., p. 30-9; e FELDENS, op. cit., 2005, p. 81-2.

87 FELDENS, op. cit., 2005, p. 140.

88 CUNHA, Maria, op. cit., p. 287.

a vida, a saúde e a integridade física “são valores especialmente valiosos”, resta “evidente ir o dever de proteção até a arma mais forte, incluindo o direito penal”.⁸⁹

Em termos práticos, tomemos por exemplo o valor “vida”. O art. 5º, “caput”, da CF determina que seja garantida “a inviolabilidade do direito à vida”. Já o art. 225 da CF ordena a criminalização das “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente”, por considerar este bem como “essencial à sadia qualidade de vida”. Ainda assim, não existe um mandado expresso de criminalização do bem jurídico vida. No caso, a importância do objeto não se traduz numa exigência automática de tutela penal. Porém, o fato de não possuir previsão expressa num rol dos mandados de criminalização não significa que a proteção penal ou não da vida esteja ao livre talante do legislador e, muito menos, que será lícito a este descriminalizar as condutas típicas contra a vida.

Assim, desponta que aqui residem as principais bases dos mandados implícitos. Ou seja, considerando-se que direitos fundamentais como a vida, a liberdade, a dignidade e outros não figuram, por si só, como eficazes diante de ataques alheios, impõe-se ao Estado obrar de tal modo que aos titulares desses direitos seja ofertada e mantida uma proteção legal eficiente, incluindo-se nela o uso de medidas penais.⁹⁰

Igualmente, considerando-se que no sistema está pautada a proteção plena do bem jurídico vida, independentemente de inexistir um mandado expresso de criminalização neste sentido, não poderá o legislador ordinário rebaixar o nível de tutela hoje em vigor. Na espécie, do mesmo modo que os direitos e garantias fundamentais não podem ser atacados por reformas, entendemos que aqui incide um limite implícito, como barreira aos atos erosivos contra tais categorias e autênticas cláusulas pétreas do ordenamento. Assim, qualquer decréscimo no nível de tutela representaria um retrocesso, o que é vedado pelo superior limite imposto pelo princípio da proibição da proteção deficiente.⁹¹

De qualquer forma, a existência de mandados implícitos de criminalização segue sendo uma pauta controvertida e não esgotada. Entretanto, um ponto resta pacífico, o de que a Constituição impõe ao Estado a tutela de bens e valores a ela conectados. Dever este que não se cumpre só por meios organizacionais, serviços e inclusão social, mas também por um sistema preventivo e repressivo que os proteja de agressões. E dentro do qual, para que esta proteção seja efetiva, não poderá o legislador abrir mão das medidas penais, quando a magnitude do objeto e da ofensa assim exigirem. Aliás, incumbência que não se restringe só à obrigação de criminalizar, mas também alcança a proibição de descriminalizar, como corolários do postulado que veda a tutela insuficiente.

89 STERN, Klaus, 1988, p. 952, *apud* CUNHA, Maria, *op. cit.*, p. 433.

90 FELDENS, *op. cit.*, 2005, p. 107, 140-6. Mas é claro, nos devidos casos e de forma proporcional.

91 A título de fundamentação encontramos esteio no instituto da “proibição de retrocesso”, dado seu teor “de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito”, para a máxima “efetividade das normas de direitos fundamentais”. No que abrange o “direito geral à segurança”, como segurança jurídica, pessoal e social, incluindo-se o direito de proteção diante dos ataques alheios. Vide SARLET, *op. cit.*, 2008, p. 417-54.

3. APORTES FINAIS

Nenhum campo do direito é imune à Constituição, inclusive os objetos elevados à condição de bem jurídico-penal e as condutas erigidas a crime, os quais têm relação com o todo constitucional, seus preceitos, princípios e objetivos estatais. Assim, estas circunstâncias impõem vínculos legislativos, seja nos atos de criminalização, ou nos de descriminalização, de modo que o manejo do Direito Penal ficará subordinado à materialidade da Lei Superior e à concretização dos direitos fundamentais, não podendo, pois, contrariá-los.⁹²

O postulado de que a Constituição exerce forte influência sobre as leis penais, tem como ponto inicial considerar que os valores essenciais daquela formam os elementos axiológicos que estão a conferir unidade, fundamento e legitimidade a todo o conjunto da ordem jurídica, política e social do Estado de Direito. De tal modo que a criação e a interpretação das demais normas do sistema não apenas devem estar orientadas, como também em acordo com aquelas emanadas pela Lei Magna, sob pena de inconstitucionalidade.⁹³

A referência na Constituição é marco fundamental da necessidade de tutela do objeto. Porém, salvo nas hipóteses dos mandados constitucionais de criminalização, tal não significa que o legislador ordinário deva exercer referida proteção pelas vias penais, na medida em que o nosso sistema é dotado de outras formas e instâncias protetivas – como a civil e a administrativa, as quais possuem mecanismos sancionatórios próprios.

De tal modo que a relação entre os objetivos do constituinte e do legislador ordinário não necessita ser de *coincidência*, mas de *coerência*. Onde nem todo bem, interesse ou direito constitucional devem possuir a proteção da lei penal, assim como nem todo bem jurídico-penal encontrará abrigo expresso na Constituição para que esteja legitimado.⁹⁴ Fazendo com que a Constituição incida como uma autêntica bússola no processo de orientação do legislador quanto aos bens mercedores de tutela penal, operando como um “índice primário, ainda que não exclusivo”, da valia do objeto.⁹⁵

Portanto, temos como correta a síntese de Faria Costa de que o “quadro dos bens jurídicos penalmente tuteláveis não tem de ser estaticamente definido por um texto constitucional”.⁹⁶ Afinal, apesar dos vínculos irrenunciáveis, caso figurasse como um escrito rígido de política criminal, a Constituição poderia deixar de ser um instrumento básico regulador da convivência democrática e pluralista, para se

92 STRECK, Lenio Luiz. Inconstitucionalidade (Parcial sem Redução de Texto) da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 47, p. 171-83, 2002.

93 GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 418; e GOMES M., op. cit., 2003, p. 94-5.

94 LASCURÁIN SÁNCHEZ. La Proporcionalidad de La Norma Penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, CEIP, ano 1, nº 0, maio/ago. 2000, p. 228.

95 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., 197-8.

96 COSTA, José de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 647.

transformar num programa político de ideologia.⁹⁷ Enfraquecendo os seus valores basilares para postar-se a serviço do poder estatal, em franco prejuízo dos fundamentos maiores que repousam na raiz do seu poder de constituir e amalgamar as ordens jurídica e social.

REFERÊNCIAS

- BUSTOS RAMIRÉZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Trotta, 2006.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.
- CARVALHO, Márcia Dometila. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- COSTA, José de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime. Da Substancial Constitucionalidade do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: Comentários à Nova Lei sobre o Crime Organizado: Lei n° 12.850/2013*". Salvador: Jus PODIVM, 2014.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. Coimbra: Coimbra, 2005
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de Las Leys Penales*. Madrid: Trotta, 2003.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n° 4, 1994.*
- ESSADO, Tiago. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLLI, Luigi. *Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales*. La FERRAJOLLI, Luigi, et al. *La Teoria del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Madrid: Fund. CJE, 2008.

97 CARBONELL MATEU, op. cit., p. 84.

- FLACH, Michael Schneider. A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, Ano 10, nº 18, p. 201-233, 2010.
- FLACH, Michael Schneider. A Relação entre Bem Jurídico-Penal e Constituição. *Revista Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 45-63, jan./jun. 2010.
- FLACH, Michael Schneider. *As Duas Faces do Princípio da Proporcionalidade e as Normas Penais: Entre a Proibição do Excesso e a Proibição da Proteção Deficiente*. Dissertação de Mestrado. PUCRS, Porto Alegre: 2009.
- FRANCO, Alberto Silva. Tortura. Breves Anotações sobre a Lei 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 5, nº 19, jul./set. 1997.
- GARCIA, Baileu. *Instituições de Direito Penal*. vol. 1, T. I. São Paulo: Max Limonad, 1951.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES, Mariângela Gama M.O *Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- HÄBERLE, Peter. Jurisdição Constitucional como Força Política. In: TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional Pressupostos Teóricos e Análises Concreta*. (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005.
- JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1950.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ. La Proporcionalidad de La Norma Penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, CEIP, ano 1, nº 0, maio/ago. 2000.
- LOPERA MESA. *Principio de Proporcionalidad e Ley Penal*. Madrid: Centro Est. Pol. Constitucionales, 2006.
- LOPES, Maurício Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.
- LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Montevideo/ Buenos Aires: Bdef, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, 2 v.

- PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989.
- PINHO, Rodrigo C. Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Universidad Sevilla, 1974.
- PRADO, Luis Regis. *Bem Jurídico e Constituição*. São Paulo: RT, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. El Constitucionalismo de los Derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos Escogidos*. (Org.). Madrid: Trotta, 2007.
- REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *La Teoría del Bien Jurídico? Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2007.
- ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 4, p. 317-66, 2004.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea Original. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz. Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): De Como Não Há Blindagem Contra Normas Penais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, nº 2, Porto Alegre: IHJ, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Inconstitucionalidade (Parcial sem Redução de Texto) da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 47, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOVIL, Joel. *A Nova Lei dos Crimes Hediondos Comentada: Aspectos Penais, Processuais e Jurisprudenciais (na reforma das leis 8.930/94, 9.677/98, 9.695/98 e 11.464/2007)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WOHLERES, Wolfgang. Las Jornadas Desde la Perspectiva de un Escéptico del Bien Jurídico. In: HEFENDEL; HIRSCH; WOHLERS. (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Submissão: 01/07/2015

Aprovação: 04/11/2015