

# MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO: DA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL A UM INCONSTITUCIONAL EXERCÍCIO DE ATIVISMO JUDICIAL

# 4

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestrando em Direito Processual Penal pela USP. Associado do IDDD. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Penal

**RESUMO:** O artigo visa analisar os mandados constitucionais de criminalização implícitos no Brasil. A partir do ponto de vista da doutrina brasileira e estrangeira que atentou ao que se chamou de mandados de criminalização a de interpretações constitucionais, aqui se assume posição limitativa a eles. Particularmente no que tange aos mandados implícitos, defende-se ponto de vista que não os admite. Como o tema, à luz do que se vê da doutrina e jurisprudência brasileira e estrangeira, é debatido também no âmbito da jurisdição constitucional, a abordagem necessariamente trata, também, da conformação que parece ser a legítima de comportamento do Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo – Mandados de criminalização – Mandados implícitos – Jurisdição constitucional – Ativismo judicial – Direito Penal.

**ABSTRACT:** The article aims to analyze the implicit constitutional mandates of criminalization in Brazil. From the standpoint of foreign and brazilian doctrine that looked to what was called the mandates of criminalization and of constitutional interpretations, here it is taken a limited position concerned to them. Particularly when it comes to implicit mandates, it is argued a point of view that they are not admitted. As the theme, in light of what is seen of the doctrine and jurisprudence in Brazil and abroad, is also discussed in the context of judicial review, the approach necessarily deals with the conformation that seems to be a legitim one about the judicial power behavior.

**KEYWORDS:** Constitutionalism – Criminalization orders – Implicit orders – Judicial review – Judicial activism – Penal Law.

SUMÁRIO: 1. Complexidade do tema e delimitação de escopos do texto – 2. Relação entre Direitos: Constitucional e Penal: 2.1 A Constituição legitimadora da intervenção penal: limite máximo ou mínimo?; 2.2 Os mandados (expressos) de criminalização: quais deles existem no Brasil?: 2.2.1 Nem todas as normas constitucionais limitativas são mandados de criminalização; 2.2.2 As normas constitucionais socioideológicas não são mandados de criminalização – 3. A dupla face: mandados implícitos e a proibição da proteção insuficiente: 3.1 Os mandados implícitos de criminalização: críticas: 3.1.1 Perspectiva penal: mandado implícito de criminalização, o paradoxo e o vazio argumentativo; 3.1.2 Perspectiva constitucional: mandado implícito de criminalização na Teoria dos Direitos Fundamentais – 4. Ativismo judicial e os mandados implícitos de criminalização – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

*“Considerando que a Revolução Brasileira de 31.03.1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições do nosso povo, na luta contra a corrupção (...)” (Ato Institucional 5/1968, de 13.12.1968).*

*“O primeiro passo rumo à aceitação da teoria dos mandados implícitos de criminalização parte, justamente, dos aportes oferecidos pela jurisdição constitucional” (FELDENS, Luciano. A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 97).*

## 1. COMPLEXIDADE DO TEMA E DELIMITAÇÃO DE ESCOPOS DO TEXTO

Os dois excertos escolhidos para iniciar o trabalho haverão não de associar o último deles aos conhecidos rumos antidemocráticos que o tempo não escamoteou anunciados no primeiro, mas – diferente disso – evidenciar o quão problemática pode ser a incorporação *tout court* pelo Direito Penal dos conceitos de proteção jurídica de bens caros a dado constituinte (quer o totalitário da segunda metade da década de 60, quer o democrático de 1988) e como tal escolha político-jurídica pode mal esconder um viés expansionista do Direito Penal em descuido de seu aspecto de subsidiariedade.<sup>1</sup>

1. Enquanto a fragmentariedade, na acatada lição de Juarez Tavares, liga-se à intervenção penal para tutela de bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis, a subsidiariedade “significa que a norma penal exerce uma função suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos”, isto é, “como

Dizendo de outra forma: assumir que a relação entre Direito Penal e Constituição, conquanto essencial, possa ser vista como uma via de mão dupla<sup>2</sup> (ou tripla, até),<sup>3</sup> pode desvelar discurso protetor de Direitos Fundamentais na superfície (na medida em que visa privilegiar a proteção *suficiente*<sup>4</sup> ou *não defeituosa*<sup>5</sup> dos bens tutelados pela escolha da comunidade em determinado momento constitucional), mas acaba por ser contrário às liberdades fundamentais em seu fundo.

Ao estimular que a melhor proteção dos bens jurídicos é a que se dá mediante o uso da justiça penal não se disfarça a expansão do Direito Penal sancionador,<sup>6</sup> com previsões, portanto, de *delitos e penas*, ainda que à guiza de utilitariamente proteger os bens jurídicos contextualmente escolhidos pelo constituinte ou pelos tribunais.

Ainda noutro giro, e em coro à doutrina estrangeira que já se debruçou sobre o tema, as duas passagens indicam, também, a importância da uniformi-

---

imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico". TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *RBCrim* 0/81-82.

Justiça seja feita a Luciano Feldens, a comparação nem poderia chegar ao ponto de comparar a passagem de seu belo texto com os tempos ditatoriais recentes do Brasil, notadamente porque, de carona com os *consideranda* desse e outros Atos Institucionais, limitou-se, e muito, a competência e a liberdade para o reconhecimento de ilícitos, do Judiciário. Certamente jamais o respeitado professor pensou que um dia seu texto seria apresentado como epígrafe ao lado de outro, com significado tão diferente e valorativamente menor que o seu. As razões das epígrafes, contudo, serão descobertas na leitura deste trabalho.

2. PALLAZO, Francesco. Direito penal e Constituição na experiência italiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1/31.
3. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 33 e ss.
4. A expressão "proibição da proteção insuficiente" é atribuída a Claus-Whilhem Canaris. Dele, ver *Direitos fundamentais e direito privado*. 2. reimp. da edição de julho de 2003. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2009. p. 60.
5. Como é a terminologia usada por HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEPENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 101-103.
6. O uso da expressão se deve à crítica de Janaína Paschoal que, em tese de doutorado, posicionou-se de maneira firme contra o que entendeu uma função *promocional* do Direito Penal. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT. 2003. p. 132.

dade do discurso constitucional e penal, e como isso é perceptível no evolver de cada Estado.

O que os textos, contudo, só dizem nas entrelinhas, e no que se ambiciona aqui a ir um pouco mais além, é que o discurso há de ter mão única: do Direito Constitucional ao Penal, e não o oposto (*a dignidade penal* não há de ter relevo para fins de alteração constitucional); certo também que escolhas constitucionais positivadas não implicam (se pudermos colocar assim, *necessariamente*) necessidade<sup>7</sup> de tutela penal, sob pena de aquele acabar se funcionalizando – retoricamente – em função do braço jurídico repressor do Estado. Nas palavras de Alberto Silva Franco, “a Lei Maior não é uma varinha de condão idônea a solucionar magicamente todas as questões a ele atinentes. Constitui, sem dúvida, uma indicação válida, um critério relevante, um excelente ponto de partida, mas não é tudo”.<sup>8</sup> Já, nas de Canaris, “nem todo e qualquer regime infraconstitucional que serve para a realização dos Direitos Fundamentais é também, logo por esta razão, constitucionalmente imposto”.<sup>9</sup>

É fácil ver, só por isso, que o tema é recheado de problemas teóricos e consequências práticas complexas, circunstâncias que, aliadas à limitação em dele tratar num só texto, fez com que a escolha da abordagem se recortasse aos seguintes pontos:

*Primeiro:* a relação entre Direito Constitucional e Direito Penal, destacadamente, se a Constituição pode ser tida como limite meramente *negativo* ao Direito Penal ou, caso contrário, se *positivo*, em que medida tal se dá. Aqui, no plano do direito brasileiro, a ideia será concluir com o tratamento dos chamados *mandados constitucionais expressos de criminalização*.

*Segundo:* a partir do que se alcançar no primeiro ponto, tratar dos Direitos Fundamentais e sua colocação ante uma suposta *dupla face* que se tem repetido descobrir em âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente a partir de

7. Conquanto reconheça – ainda que com ressalvas – a categoria de mandamento constitucional expresso de criminalização, Mariângela Gama de Magalhães Gomes pontua, com razão, que “ao contrário, o legislador penal pode optar, em todos os casos, por impor sanções penais a bens de nível constitucional, embora não esteja obrigado a fazê-lo, de modo que pode escolher determinado bem por meio de sanções não penais, ou mesmo optar pela não intervenção do direito sancionador, se este se apresenta como desnecessário”. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 111.

8. SILVA FRANCO, Alberto. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 2/177.

9. *Direitos fundamentais...* cit., p. 117.

julgados da Corte Constitucional Alemã – da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente. Nesse ponto serão abordados os *mandados constitucionais implícitos de criminalização*.

E, *terceiro*: o perigo de se propugnar por uma jurisdição constitucional que seja ativa em implementar a tal suficiência da proteção dos bens escolhidos pelo constituinte de forma implícita. Aqui, nos situaremos acerca dos aportes da jurisdição constitucional na matéria.

Evidente a imbricação entre Constituição e Direito Penal, o núcleo do texto será a crítica ao que seria um perigoso ativismo judicial – e cá estamos apegados aos rótulos que damos às coisas – na chamada proteção dos bens jurídicos irmanados com escolhas implícitas extraídas da interpretação constitucional e com a leitura que se arrisque alguém a fazer da própria Constituição, colocando-a em função da proteção contingencial desse ou daquele bem escolhido como merecedor de tutela penal. Ou, ainda, colocando-a numa proteção, para fugir dos defeitos e insuficiências de uma possível omissão estatal, penal de uma ou outra forma, isto é, *com* ou *sem* intervenção da tutela penal.

Nossa postura significa uma discordância da posição de Feldens, que propugna por um *dirigismo constitucional* em matéria penal,<sup>10</sup> a depender das escolhas (constitucionais) de bens jurídicos. Como tentaremos esclarecer no texto, em verdade, a ideia do autor do tal *dirigismo* não é *constitucional*, mas sim, disfarçadamente, um *dirigismo penal* a partir da leitura constitucional – com o que aqui não se concorda.<sup>11</sup>

## 2. RELAÇÃO ENTRE DIREITOS: CONSTITUCIONAL E PENAL

A justificação da intervenção penal em defesa dos bens que o constituinte tenha escolhido como mais relevantes não é tarefa das mais simples.

Aqui, conquanto se parta da premissa de haver eficácia jurídica de toda norma constitucional seja ela uma regra, ou seja, um princípio – em direção aos

10. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal...* cit., p. 72.

11. Pactua-se, neste texto, da lição de Pulitanò reproduzida na obra de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, de que a Constituição não traz em si um “elenco de bens jurídicos, mas tem a função de estabelecer as características normativas e de organização fundamentais que devem fundar o novo Estado e a nova sociedade, de modo que não prevê, necessariamente, em suas disposições, bens que são, em si mesmos, merecedores de tutela penal”. Nesse modelo, prossegue a autora, “nem tudo é vinculado em rígidos parâmetros valorativos, mas que existem questões que são, conscientemente, deixadas em aberto para serem avaliadas a partir de um processo político livre” (op. cit., p. 95-97).

particulares mas, sobretudo, aos órgãos públicos ao concretizarem-na, destacadamente legislador e juiz – não se desconsidera a advertência de Figueiredo Dias segundo a qual, com advertência dogmática ao Princípio da Fragmentariedade e como a vemos, se é certo que se não houver bem jurídico, não se justifica a intervenção da tutela penal, a recíproca não é necessariamente verdadeira: não basta haver o bem jurídico para, com isso, justificar-se a intervenção da tutela penal.<sup>12</sup> “O caráter fragmentário significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos que protege, mas apenas as modalidades de ataques mais perigosas para eles”, diz Silva Franco.<sup>13</sup>

A advertência é particularmente importante na relação entre o Direito Penal e o Constitucional e assumimos que a escolha constitucional (de bens jurídicos) não necessariamente *dirige* – no sentido de dirigismo constitucional há pouco aludido – a atuação do legislador (penal) a ponto de lhe determinar num sentido predeterminado o modo, a forma e a oportunidade da incidência do Direito Penal.

Há pontos, menos problemáticos no Direito comparado (mas não no Brasil como defenderemos aqui), de previsão expressa constitucional de incidência de leis penais – eis os chamados *mandados constitucionais expressos de criminalização* presentes na imposição constitucional de legislação penal – e nem eles passam despercebidos de controle de constitucionalidade, quer pelo excesso de intervenção, quer, se o caso, pela falta.

Há pontos, também, menos palatáveis (inclusive em direito comparado), em que suposta axiologia constitucional (note-se aqui o discurso da *dignidade humana* como flui perigosamente na passagem epigrafada do texto) dá sustentação à outra incidência penal, essa vez por meio dos *mandados implícitos de criminalização*. Esses parecem-nos insustentáveis na premissa de um Direito Penal mínimo.

E se é um indiferente do ponto de vista do conteúdo legislativo e a partir do enfoque que se assume neste texto que o legislador penal, à guiza de concretizar promessas constitucionais (como as expressas nos arts. 5.º, XLII, XLIII, XLIV, 7.º, X, e outros da CF/1988), tenha implementado leis penais para tutelar tais bens escolhidos pelo constituinte, outra vez discordamos do posi-

12. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 77-78. no sentido do texto, também: PULITANO, Domenico. *Obblighi costituzionali di tutela penale? Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Nuova Serie XXVI/495.

13. SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.*, p. 176.

cionamento de Luciano Feldens, segundo quem “a futura lei penal, justamente por vir ao mundo normativo em face de um comando constitucional expresso nesse sentido, tem significativamente robustecida sua presunção de constitucionalidade, pelo menos no que respeita à idoneidade do bem jurídico objeto de proteção”.<sup>14</sup>

Ao nosso sentir, o tal *robustecimento* não passa de uma *torcida* para que a lei seja tomada por constitucional porque a própria presunção de constitucionalidade das leis – seja do prisma formal ou material – pode ser, desde uma técnica trivial de ratificação da linguagem do legislador,<sup>15</sup> até mesmo a mais trivial premissa da qual deve partir o hermenêuta para interpretar uma dada lei. E, como se sabe a partir da pressuposição que toda e qualquer lei tem,<sup>16</sup> a *torcida* não é, em regra,<sup>17</sup> necessária – daí não auxiliar na tomada de decisão – ao controle de sua constitucionalidade.

Dizer que tal *presunção*, pois, é *robustecida* ante o argumento – ainda mais se amparado em critério formal – de tentativa de se cumprir promessa constitucional não colhe, pois formalmente uma lei (restritiva de Direitos Fundamentais ou não) pode dizer muita coisa dissonante com seu conteúdo.<sup>18</sup>

Qual é – posto que a justificativa da intervenção da tutela penal está na própria Constituição,<sup>19</sup> então, a relação existente entre a Constituição e o Direito

14. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal...* cit., p. 79.

15. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, p. 191-210.

16. A não ser que se leve a sério a teoria desenvolvida na nota de rodapé n. 4 de *United States vs. Carolene Products Company*, de que certas leis têm é uma presunção de *inconstitucionalidade* – com o que, paradoxalmente, estar-se-ia aqui a desconsiderar que a lei penal limita as liberdades, e não as amplia, ainda que para tutelar direitos (das vítimas de crimes). A respeito disso, no Brasil, MORO, Sérgio Fernando. *Legislação suspeita? Afastamento da presunção da constitucionalidade da lei*. Curitiba: Juruá, 2003.

17. Salvo a previsão, no campo normativo brasileiro, da ação declaratória de constitucionalidade, cuja análise crítica escapa deste trabalho.

18. No limite, o problema – tal qual se vê nos mandados implícitos de criminalização – a seguir o raciocínio aqui criticado, levaria a imposição de *lei complementar em matéria penal* como apanágio para as questões de inconstitucionalidade formal, o que de forma alguma resolveria o problema, pois como lembra Maria Fernanda Palma, “o consenso ou a maioria qualificada não são critérios decisivos para a legitimação da intervenção penal” PALMA, Maria Fernanda. *Constituição e direito penal. As questões inevitáveis*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 230.

19. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 51.

Penal, sob o prisma da necessidade e idoneidade da incidência do último para tutelar os bens protegidos pela primeira?

2.1 *A Constituição legitimadora da intervenção penal: limite máximo ou mínimo?*

Na escolha dos bens jurídicos merecedores de tutela penal pelo constituinte, dos quais aqui à maioria já se aludiu (restando lembrar, do texto brasileiro, os arts. 225, § 3.º e 227, § 4.º, da CF/1988), e até em razão da forma pela qual se tratou, indaga-se se o mandamento constitucional de punir significa o *mínimo de proteção penal* (com o que se pode divisar, já, uma eventual *proteção insuficiente* caso não haja lei penal punitiva) ou, ao contrário, o *máximo de intervenção penal* admissível (com o que lei que, por exemplo, dissesse ser crime inafiançável e imprescritível não só o *racismo*<sup>20</sup> como também a *injúria qualificada por racismo* ou, ainda, se além dos “crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e os definidos como hediondos”, fossem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia,<sup>21</sup> também os crimes contra o sistema financeiro nacional).

20. Essa discussão, conquanto não tenha sido central, foi levada a efeito no julgamento, do Pleno do STF, no HC 82.424/RS, o famoso *caso Ellwanger*. Nos votos de dois dos Ministros que ficaram vencidos, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, ressalvadas nuances, pode se notar o entendimento de que *racismo* até pode ser tomado por imprescritível, mas publicação de livros que ideologicamente possam provocar uma releitura histórica – conquanto absurda e criticável duramente e com diversos matizes por parte de cada um dos Ministros vencidos – não configuraria o crime e, assim, ali não incidiria a cláusula da imprescritibilidade (STF, HC 82.424/RS, 2.ª T., j. 17.09.2003, m.v., rel. Min. Moreira Alves, rel. para o acórdão Min. Maurício Correa, DJ 30.09.2003).

21. Perigoso exemplo dessa assunção maximizadora do Direito Penal está na junção (proposital ou não) das noções de *afiançabilidade* e cabimento de liberdade provisória para fins de, em juízo que aqui não se aprova, rechaçar a liberdade provisória – sem fiança – aos acusados da prática desses crimes. Como prova da importância do tema, no STF, ver a admissibilidade de repercussão geral da matéria no RE 601.384/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.10.2009. Na jurisprudência brasileira mais recente, em ponto de vista com o qual neste texto não se concorda, os julgados da 1.ª T. do STF, como se vê no HC 102.112/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27.08.2010; HC 99.333/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 01.07.2010; HC 101.673/SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 24.09.2010. *Mutatis mutandis* viu-se situação parecida com proposta – rejeitada – de congressista no seio da tramitação do PLS 156/2009, a instituir novo Código de Processo Penal (proposta do Sen. Pedro Simon, n. 14, que visava retirar dos crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional, contra a Administração



Por isso, como diz Roxin em importante nota de rodapé, a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais de dada comunidade não se resolve, pura e simplesmente, com a intervenção do aparato estatal em tese mais incisivo (o Direito Penal), mas necessariamente guarda conexão com o Direito Constitucional.<sup>22</sup> E é justamente essa conexão o problema de perspectiva com que agora se defronta.

Na observação do comentário do professor alemão que fez Luciano Feldens, corretamente foi apontado que “a problematização em torno dos mandados constitucionais de criminalização deve partir de *bases normativo-constitucionalistas* e não propriamente dogmático-penalistas”.<sup>23</sup>

Se é assim, o arrimo constitucional do qual nos utilizamos é a classificação reproduzida, no Brasil, por Janaína Paschoal, que sintetiza as abordagens a partir do parâmetro da Constituição ora como *limite negativo* ao Direito Penal (“toda criminalização que não desrespeite 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”)<sup>24</sup> e ora como seu *limite positivo* (“o legislador ordinário só pode utilizar a tutela penal para proteger bens reconhecidos pela Constituição como caros a uma determinada sociedade. Significa que, para a máxima intervenção estatal ser admissível, não basta que a lei penal não entre em conflito com a Constituição, devendo, necessariamente, recair sobre condutas que firam os valores de relevância constitucional”).<sup>25</sup>

Na assunção da segunda abordagem – não basta ao juízo de constitucionalidade quer a adequação formal, quer a aparente consonância à promessa constitucional, mas se exige a relação de fiel obediência ao *máximo já previsto*, não podendo dali se desgarrar sob pena de exagero de intervenção penal – *proibição de excesso* – e por isso inconstitucionalidade – há, ainda de acordo

---

Pública, contra a Ordem Tributária e a Previdência Social e no caso de crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança).

22. ROXIN, Claus. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. *Derecho penal. Parte general*. 1. ed. reimp. Trad. da 2. ed. alemã e notas por Miguel Diaz Diego-Manuel Luzón Peña y Javier de Vicente Remesal García Conlledo. Madrid: Civitas, 2006. t. I. p. 64, rodapé 24.

23. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal...* cit. p. 73.

24. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 55.

25. *Idem*, p. 59.

com a classificação aqui seguida, a subdivisão entre Direito Penal como *espelho* do texto constitucional (“todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de valores constitucionais”)<sup>26</sup> e a assunção do Direito Penal como *instrumento de tutela dos Direitos Fundamentais* (não basta que o bem protegido esteja previsto em Constituição, mas, mais que isso, demanda-se que “o bem a ser protegido tenha também natureza de direito fundamental”).<sup>27</sup>

Como o principal problema a ser abordado neste texto será o dos mandados *implícitos* de criminalização, para esta parte frisamos que os mandados *expressos* dependem da escala de bem jurídico-constitucionalmente positivada nos termos do enfoque da Constituição como limite positivo ao Direito Penal, tendo como marco os Direitos Fundamentais.

A situação é a de justificativa da intervenção penal pautada pela escolha, no texto constitucional – para nos mantermos próximos à ideia de jurisdição constitucional – de seus *preceitos fundamentais penais*. Dizendo de outro jeito: a legitimação da intervenção penal com fundamento constitucional, a partir da proteção dos Direitos Fundamentais, implica dizer que não é *toda* norma constitucional (exemplo: art. 242 da CF/1988) que justificará a intervenção penal; mas aquelas, especialmente, *a dedo* trazidas pelo constituinte como possuidoras de uma dupla característica: dignidade penal (merecedoras da tutela – se merecem a tutela) e necessitadas da tutela penal (no sentido da subsidiariedade – *como se dá a tutela*).

A assunção dessa conclusão antecipada, se não resolve o problema do difícil tema da colocação do bem jurídico entre o Direito Constitucional e o Penal, ao menos impede que se utilize do bem jurídico constitucional ao livre alvedrio do legislador infraconstitucional, até porque (mesmo que na primeira parte da frase tenha o autor dito existir imposição de criminalização, com o que não concordamos), como diz Luciano Feldens uma vez mais, as normas constitucionais “não são dotadas de uma espécie de ‘eficácia criminalizadora *per se*’”.<sup>28</sup>

Isso tem duas significações importantes: a primeira é que se matiza, no trabalho, a assunção da Constituição como limite à intervenção e não como instrumento de tutela penal (não há dirigismo penal na leitura da Constituição,

26. Idem, p. 60. O exemplo, aqui, é o de justificativa da tipificação do adultério à luz do art. 226 da CF/1988.

27. Idem, p. 63.

28. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal...* cit., p. 77.

pois a ótica de leitura parte do Direito Constitucional com vistas a atingir-se incidência ou não do Direito Penal, e não o oposto); a segunda – e por isso mesmo – é que, conseqüentemente, possibilita-se juízo de (in) constitucionalidade sobre leis penais que, a pretexto de protegerem bens jurídicos (constitucionais), extravasarem do âmbito de proteção.<sup>29</sup>

A relação entre Direito Constitucional e Direito Penal vista neste trabalho é de limitação que o primeiro impõe ao segundo, como forma legítima de intervenção estatal,<sup>30</sup> o que, aliás, não é novo na história do constitucionalismo e nem – como se verá abaixo – esbarra em concepção de proteção de Direitos Fundamentais porque não compactuamos do argumento que leva em conta os próprios Direitos Fundamentais atrelados ao Estado Social como justificador da atual expansão do Direito Penal sancionador.

Se assim nos parece, pode-se perguntar, até mesmo em vista dos exemplos apontados na doutrina nacional que se debruçou sobre o tema, se efetivamente, as previsões dos arts. 5.º, XLII, XLIII e XLIV,<sup>31</sup> 7.º, X, 225, § 3.º e 227, § 4.º, da CF/1988 tratam de mandados de criminalização ou não.

## 2.2 *Os mandados (expressos) de criminalização: quais deles existem no Brasil?*

Se a escolha dos bens jurídicos constitucionalmente mais relevantes envolve relação de poder, assim como a forma de tratamento jurídico que sobre eles se espera, a ideia do mandado de criminalização, como se reproduz na obra de Feldens, significa aliar a importância do bem dignidade penal à necessidade do recurso à pena. Diz Silva Franco, no mesmo sentido, que o bem há de ter uma “dupla qualidade”, ser merecedor e ser necessitado de pena.<sup>32</sup>

Segundo o raciocínio de Feldens, na construção dos “mandados expressos de criminalização”, “situações existem em que esse *merecimento* e essa *necessidade* (do recurso à pena) decorrem (...) da Constituição, hipótese a traduzir, portanto, uma obrigação dirigida ao legislador no sentido de que *construa* os respectivos tipos penais, ou, se já o fez, que *deles não se desfaça* sem mais.”<sup>33</sup>

29. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 207.

30. HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 101.

31. É conhecida a posição de Juarez Tavares que vê, nesse exemplo, uma norma constitucional inconstitucional. Quer por tal tratamento escapar dos limites do texto, quer por não lhe importar no principal, dele não falamos aqui.

32. Op. cit., p. 178.

33. FELDENS, Luciano. *A constituição penal...* cit., p. 75.

Na linguagem de outro estudioso do tema no Brasil, “os mandados expressos de criminalização trazem decisões constitucionais sobre a maneira como deverão ser protegidos Direitos Fundamentais. A atuação do legislador no sentido de promover a proteção desses direitos recebe um elemento de vinculação. Ele pode até valer-se de outros instrumentos, mas a previsão de sanções penais perde seu caráter de subsidiariedade e torna-se obrigatória. Ordens diretas que são ao legislador para que atenda ao comando constitucional, a necessidade da edição da lei é questão de supremacia da Constituição”.<sup>34</sup>

Se essa é a construção teórica da qual se parte – veja-se bem, para se tratar dos mandados *expressos* de criminalização – ousamos, neste texto, em dessintonia com a voz comum,<sup>35</sup> defender leitura mais restrita do que a feita por voz corrente a partir da leitura do nosso texto constitucional.

Ao nosso sentir, das referidas normas constitucionais como resultado de interpretação fulcrada na noção da Constituição como limite positivo da intervenção penal, ao menos em algumas delas não decorre uma vinculação ao legislador (modal deontico de imperativo), mas uma previsão de faculdade de acomodação, para que melhor se tutele o bem jurídico constitucional (modal deontico de faculdade).

Aos exemplos, pontualmente, e o tratamento que a doutrina brasileira, não sem críticas que aqui serão repassadas, lhes deu.

### 2.1.1 *Nem todas as normas constitucionais limitativas são mandados de criminalização*

Sabemos ser tentador o socorro que o direito comparado pode trazer à classificação de algumas normas constitucionais brasileiras como se encerrassem em si mandados expressos de criminalização.

Esforços que levem em conta quer o art. 26 da Lei Fundamental alemã (“são inconstitucionais os atos que sejam suscetíveis de atentar contra a convivência pacífica entre os povos e sejam realizados com essa intenção, em especial aqueles que se destinem a uma guerra de agressão. Esses atos deverão ser

34. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 139.

35. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos*. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/171, e, no Brasil, também, ver o alentado voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADIn 3.112/DF, DJ 26.10.2007.

penalizados”), quer o art. 13 da Constituição italiana de 1947 (“é punida toda violência física e moral sobre as pessoas sujeitas de qualquer modo a restrições em sua liberdade. A lei estabelecerá os limites máximos de detenção preventiva”) ao nosso juízo não são suficientes para dizer que, como lá, aqui também há mandados expressos de criminalização previstos na Constituição Federal.

Em conhecida e profunda classificação feita quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva classificou as normas constantes do extenso rol dos direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição como “normas constitucionais limitativas”, não à toa dizendo trazerem aquelas normas “elementos limitativos do poder”.<sup>36</sup>

É preciosa a lembrança de limitação do poder e, do mesmo autor, o tratamento dessas normas como de *eficácia contida*, exatamente porque, exemplificativamente do capítulo constitucional em que se encontram as pretensamente vistas como *mandados expressos de criminalização* normas dos arts. 5.º, XLII, XLIII e XLIV e 7.º, X, da CF/1988 colhem-se as seguintes lições: “são aquelas que estatuem diretamente sobre os interesses configurados mas prevêm, também, meios de conter sua própria eficácia em limites que atendam à ordem pública, à segurança, aos bons costumes – enfim, à efetividade mesma dos direitos e vantagens nela outorgados – a fim de que o exercício desses direitos e o auferimento dessas vantagens por uns não venham a prejudicar os interesses dos outros”.<sup>37</sup>

Aqui, se por um lado não se pode duvidar que a previsão da prática de racismo como “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, amolda-se à dupla característica dos mandados explícitos de criminalização, quais sejam: a previsão de tutela penal – *criminalize-se algo*<sup>38</sup> – ou, no mínimo, que de tal tutela não se desfaça – *não se revogue a lei criminalizadora*.

Há, em casos assim, um engessamento penal, que passa não só pelo Direito material como também pelo processual (inafiançabilidade). Com previsões de tal natureza, a mensagem do constituinte foi mesmo, na linguagem de Feldens,

36. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 183.

37. *Idem*, p. 188.

38. Uma vez mais nos reportamos ao caso *Ellwanger* para lembrar que de acordo com o voto do Min. Carlos Ayres Britto, na medida em que a imputação atrelava-se à Lei 8.081/1990 e as tais publicações racistas eram-lhe anteriores, não haveria como se manter hígida a acusação caso se fosse observar a regra da prévia existência da lei penal ao fato.

a de *tipificar as condutas*.<sup>39</sup> Não há espaço aqui para críticas do tipo ser a norma constitucional ou não; pode-se até *desgostar* dela; ter-se um juízo de *censura* no plano valorativo, mas positivada a norma está e por mais que se queira (e como se quer) dar-lhe outra leitura, chegar a tal ponto não é possível: seria quebrar a Constituição. Critica-se, aqui, o expansionismo do constituinte, e se pode fazer isso duramente; mas o fato é que a lei posta é – lamenta-se – esta.

Ao contrário disso, contudo, quando o constituinte previu a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”, as ideias de dignidade penal e necessidade de tutela específica, ao nosso sentir, se mostraram mais longínquas da proteção penal do bem jurídico, pois ao contrário das outras matérias afetas a delitos e penas, aqui nem mesmo se tratou de cominar especial gravidade às hipóteses de retenção salarial. Longe de revivescer a discussão sobre a suficiência do preceito penal primário desacompanhado do secundário (a sanção penal propriamente dita). Mesmo entre aqueles que se esforçam em ver nessa norma um (difícil) mandado expresso de criminalização, sustenta-se a tese segundo a qual poderia bastar, para a proteção desse bem jurídico (a proteção ao direito do salário), a tipificação, até mesmo, da apropriação indébita.<sup>40</sup>

Do último exemplo, o que se colhe é que a escolha do constituinte até pode privilegiar a melhor proteção do bem jurídico, mas a interpretação a que se chega é a de que, ainda assim, a norma não se consubstancia em mandado de criminalização.

Assim, a valer o entendimento sedimentado, agora em julgado paramétrico do STF (ADIn 3.112/DF) de que os mandados expressos de criminalização são normas “que determinam a criminalização de condutas”, isso não abrange, ao nosso juízo, o art. 7.º, X, da CF/1988.

Críticas à parte quanto à constitucionalidade dos próprios mandados expressos de criminalização, assumimos, aqui, que o dispositivo do art. 7.º, X, do Texto Republicano, nem sequer se enquadra nessa problemática tipologia.

### 2.2.2 *As normas constitucionais socioideológicas não são mandados de criminalização*

Tais normas constitucionais, sempre na acatada classificação do publicista brasileiro José Afonso da Silva, são “as que consubstanciam os elementos ideo-

39. FELDENS, Luciano. *A constituição penal...* cit., p. 82.

40. Conquanto propugne o autor por uma proteção mais extensa, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves admite a proteção penal enquadrada no art. 168 do CP (op. cit., p. 270).

lógicos, de compromisso, de natureza econômica e social, das constituições contemporâneas<sup>41</sup> e em seu grupo se encontram as restantes encontradas pela doutrina, a proteção ao meio ambiente por um lado, e contra abusos praticados contra crianças e adolescentes, por outro.

Aqui, vale a pena a abordagem crítica a partir da última das normas analisadas pela doutrina, a do art. 227, § 4.º, da CF/1988, segundo a qual "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

À luz da dita norma, pergunta-se: onde, ali, a impositividade da tutela *penal*? Seria suficiente para que o juízo de interpretação fosse esse, o advérbio de intensidade da previsão constitucional? Ao nosso sentir, e em discordância com uma interpretação que Luiz Carlos dos Santos Gonçalves dá à previsão constitucional,<sup>42</sup> não, como também não se justifica o argumento, *a posteriori*, que empresta justificativa da intervenção penal à norma em questão a partir das previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Lei dos Crimes Hediondos.

Não é, pois, por haver leis (penais) que tutelem o assunto, que só por isso se tenha encontrado a necessidade impositiva da tutela a partir da leitura constitucional, sob pena de nos esquecermos da premissa repetida tanto por Figueiredo Dias quanto por Pulitanò tratados acima: o fato de existir bem jurídico digno de tutela não implica, necessariamente, que essa seja, necessariamente, a tutela penal.<sup>43</sup> Em verdade, pode-se sustentar, já aqui, conquanto a doutrina que tenha se debruçado sobre isso não tenha atentado ao ponto, que no limite, tal norma provoca é um mandado *implícito* de criminalização, pois à luz da interpretação pautada no texto da lei, não exsurge que dela decorra a necessidade e nem a idoneidade da proteção ao bem jurídico mediante a intervenção penal. Punição severa não é sinônimo, nem condicionante, de intervenção penal. E, como prova a lei dos crimes hediondos para quem quiser ver, também não é sinônimo de eficácia.

41. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 183.

42. O autor reconhece que "as penas criminais não detêm o monopólio da severidade", mas entende justificar-se no ponto o mandado de criminalização a partir de interpretação amparada no *caput* do art. 227 da CF/1988. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Op. cit., p. 273 e ss.

43. "É possível questionar-se, por exemplo, se a mera explicitação no texto constitucional é suficiente para que seja autorizada a proteção penal dos bens jurídicos, ou se é necessário outro atributo aos valores constitucionais, que não apenas sua presença formal na Constituição". GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p. 96.

Da mesma forma, inclinamo-nos pela resposta negativa à pergunta de Mari-ângela Gama de Magalhães Gomes acerca da necessidade de tutela ou obrigação de tutela penal para a matéria relativa ao meio ambiente (art. 225, § 3.º, da CF/1988),<sup>44</sup> haja vista a consideração insuperável de dois fatores: idoneidade da proteção de tutela irmanada à necessidade da própria intervenção penal.

A perspectiva aqui assumida não retira das normas constitucionais sua eficácia normativa; apenas afasta delas uma interpretação que, se fosse feita, redundaria em expansionismo penal: do fato de haver preocupação constituinte com os referidos bens (especial tratamento às crianças e adolescentes como seres em peculiar situação de desenvolvimento, e meio ambiente ecologicamente equilibrado defendido e preservado para as presentes e futuras gerações) não significa que a melhor tutela – leia-se aí *justificável a partir de critérios de dignidade penal e necessidade* – seja a penal.

Pode-se assentar, ainda que nessa parte do trabalho, que a previsão de mandados constitucionais explícitos de criminalização traz como primeira e talvez principal consequência, a alteração na liberdade de conformação do legislador. E exatamente por isso é que se cobra mais cuidado com a tomada firme de posição quanto a uma determinação de incidência de norma penal aqui ou acolá, conforme a extração constitucional.

O ponto será retomado nas conclusões do trabalho, com viés crítico.

### 3. A DUPLA FACE: MANDADOS IMPLÍCITOS E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Se os mandados *expressos* de criminalização decorrem de previsões constantes do texto constitucional, diferentemente deles, os assim nomeados mandados *implícitos* são, para quem propugna por sua aceitação,<sup>45</sup> deveres de criminalizar as condutas de violação a Direitos Fundamentais fundados tão somente na menção ao próprio Direito Fundamental, independentemente da previsão constitucional expressa de perseguir e punir.

A premissa é a mesma da vista acima, da relação entre Constituição e Direito Penal a partir da fundamentalidade do direito, mas, enquanto nos mandados *expressos* trabalha-se com noção positivada, nos *implícitos*, o juízo de necessi-

44. Idem, *ibidem*.

45. Como, por exemplo, além dos autores com os quais aqui se trabalha, é o caso de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Observaciones sobre la relación entre derecho constitucional y derecho penal en España. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* II/118.



dade e merecimento da tutela penal decorre eminentemente de interpretação dos valores em jogo, independentemente de norma que expressamente preveja a intervenção da tutela penal.<sup>46</sup>

Chama a atenção, aqui, o entendimento de Feldens, que prestigia o lado implícito dos mandados justamente em prol da axiologia constitucional na medida em que, segundo ele, ao contrário de tal carência de previsão expressa ser um problema a ser resolvido (na medida em que sua admissão poderia se chocar com a noção de *ultima ratio* do Direito Penal uma vez que aquilo que se quis criminalizar na Constituição foi dito expressamente) prestigiaria o que foi nomeado de “análise contextual da Constituição” exatamente porque os Direitos Fundamentais em jogo (nos exemplos que o autor escolheu por citar se destacam, a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa) seriam de magnitude tal que até mesmo dispensariam a previsão expressa na Constituição a título de intervenção penal.<sup>47</sup> O lado implícito, nessa linha de raciocínio, significa desvelar o que, de tão óbvio, não precisaria estar expresso.

O discurso da fundamentalidade dos Direitos passa a ser usado como uma moeda de duas faces: de um lado, justificador da limitação do Direito Penal na proteção dos bens jurídicos (Direito Penal mínimo), e de outro, legitimador da máxima intervenção penal.

Isso se dá por uma escala de valores de normas constitucionais, desvestidas de caráter penalizador expresso, cujo juízo de intervenção penal pode vir a ser prestigiado pela jurisdição constitucional. E, segundo quem propugna pelo

46. Uma variante dessa síntese está em André de Carvalho Ramos ao apontar que os mandados implícitos possam decorrer de tratados internacionais de direitos humanos. RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *RBCCrim* 62/36. Outra possível variante – na qual, reconheça-se, não se chega a propugnar por uma defesa dos mandados implícitos de criminalização – se encontra em Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a partir da construção dos bens jurídicos implícitos e explícitos da Constituição, segundo a qual enquanto os últimos são autoexplicativos por constarem do texto, os primeiros devem ser, pelo menos, “pressupostos logicamente necessários de outros expressos, ou que consistem em bens instrumentais à proteção de outros expressamente previstos na Constituição” (op. cit., p. 97 e ss.).

47. Normas como, no exemplo do autor, a proteção do Direito à Vida, encerram uma evidência que dispensariam a previsão expressa dos mandados de criminalização. (FELDENS, Luciano. *A constituição penal...* cit., p. 94). Em sentido ainda mais amplo na aceitação dos mandados constitucionais implícitos, pois neles se vê obediência à razoabilidade, PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais...* cit., p. 105.

controle de constitucionalidade dos mandados implícitos de criminalização, esse também tem lá suas duas faces, ambas na aparente proteção dos Direitos Fundamentais: a primeira, de *proibição do excesso*, de limitar a limitação (isso mesmo!) das liberdades; e a segunda, de *proibição de proteção insuficiente*, de limitar a omissão em proteger as liberdades não dos imputados, mas das vítimas que tiveram seus Direitos Fundamentais violados.<sup>48</sup> Fácil ver, na última divisão, que enquanto a *limitação da limitação* favorece a liberdade como gênero e freia a utilização da tutela penal, a segunda impulsiona seu uso.

Dáí não só a epígrafe deste trabalho, como antes dela no tempo a constatação repetida por todos os autores que estudaram o tema, da decisão proferida pelo *Bundesverfassungsgericht* na chamada 1.<sup>a</sup> *decisão sobre o aborto*, em fevereiro de 1975,<sup>49</sup> quando reconheceu a inconstitucionalidade de lei de reforma do Código Penal que, entre outras alterações legislativas, passava a tornar impunível o aborto praticado por gestante, até o 13.<sup>o</sup> dia da concepção ou, no caso de aborto praticado por médico com consentimento da gestante, a ação passou a ser impunível se praticada até, no máximo, o fim da 12.<sup>a</sup> semana desde a concepção.<sup>50</sup>

De acordo com a lógica desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, quando em jogo o dever de proteção a Direitos Fundamentais, “em caso extremo, se a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a valer-se de instrumentos do direito penal para a garantia da vida em desenvolvimento” e, por isso, a Corte pode controlar a constitucionalidade de lei despenalizadora que afronte contra direito tão fundamental como era a vida (do nascituro) no caso concreto.<sup>51</sup>

Na lógica da proteção aos Direitos Fundamentais, reconhecendo-os como merecedores de tutela estatal,<sup>52</sup> a conhecida noção da *dupla face* da proteção constitucional – por um lado, a proibição do excesso (*Übermassverbot*) da in-

48. Bem por isso disse André de Carvalho Ramos: “os mandados implícitos de criminalização pressupõem a atividade judicial de interpretação de textos normativos” (op. cit., p. 37).

49. BverfG, Urteil v. 25.02.1975 – 1 BvG 1-6/74.

50. MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. Coletânea original Jürgen Schwabe*. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldine Ferreira. Prefácio: Jan Woischnik. Berlin: Ed. Konrad Adenauer Stiftung. 2005. p. 266-267; CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 58.

51. MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos... cit.*, p. 272-273.

52. Eis aí o tratamento dos Direitos Fundamentais como *imperativos de tutela*.

tervenção penal, mas, agora, já por outro, a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) – foi sedimentada outra vez pela jurisdição constitucional alemã, dessa vez em julgado do *Bundesverfassungsgericht* em 1993, quando rechaçou novamente a possibilidade de descriminalização do aborto, assentando que “o legislador deve observar a proibição de insuficiência; até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (...) Por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa *elementar do Estado*, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do direito penal e do efeito de proteção que dele parte”.<sup>53</sup>

Trata-se, com a divisão da proporcionalidade como critério limitador da intervenção estatal no âmbito dos Direitos Fundamentais em proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente, de atribuir à jurisdição constitucional a difícil responsabilidade em tal equilíbrio: a intervenção penal não pode nem *sobrar*, e nem *faltar*.<sup>54</sup> Na primeira atuação do controle de constitucionalidade, a pauta se baseia na lei existente (tanto previsão constitucional quanto norma penal); na segunda, pelo que aqui se tem entendido, parte-se de tábua valorativa mas sem norma expressa que imponha a existência e a própria medida da intervenção penal.

A abordagem dos tais mandados implícitos de criminalização não prescindem, também, em defesa de sua legitimação constitucional, de uma superação entre o rígido *Abwehrrecht* que matizaria a relação entre Estado e sociedade, motivo pelo qual se propugna, por exemplo, e com amparo – segundo se alega – na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, por uma nova relação: o Estado *promotor* dos Direitos Fundamentais intervém em sua consecução, podendo para tanto lançar mão do uso do Direito Penal.<sup>55</sup>

53. MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos... cit.*, p. 280.

54. Como dito pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes em seu voto na citada ADIn 3.112/DF: “a reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição do excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (*Untermassverbot*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal”.

55. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/sis\_artigos/artigos.asp?codigo=53]. Acesso em: 06.09.2010.

Tudo isso suscita problemas de ordem teórica e prática eventualmente insuperáveis, quer do ponto de vista estritamente de Direito Penal, quer do ponto de vista de limites ao exercício da jurisdição constitucional e no que isso se choca com a liberdade do legislador, isto é, em retorno ao plano constitucional (de onde a discussão *nunca deveria ter saído...*).

### 3.1 Os mandados implícitos de criminalização: críticas

Diz Figueiredo Dias que “onde inexistem tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamental não é legítimo deduzir sem mais a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam”.<sup>56</sup>

Tem ele razão?

#### 3.1.1 Perspectiva penal: mandado implícito de criminalização, o paradoxo e o vazio argumentativo

Um possível fundamento legitimador dos mandados implícitos de criminalização como discurso de proteção a Direitos Fundamentais (sobre os fundamentos da escolha dentre quais os direitos elencados e quem a faz para fins da incidência penal, falaremos abaixo) é paradoxal. Afinal, como aponta Pulitanò,<sup>57</sup> a utilização da tutela penal para o fim da promoção dos Direitos Fundamentais não disfarça o uso do castigo em prol de implementação de Direitos Fundamentais.

A tese dos mandados implícitos, além disso e no nosso entendimento, não trabalha com a noção dúplice de dignidade penal e merecimento de pena porque possibilita um salto direto do valor constitucional dado ao bem jurídico (exemplo: vida, dignidade humana) ao juízo de incidência de norma penal, restritiva por natureza de direito fundamental, sem se considerar a necessidade e suficiência de incidência de outras formas de proteção penal – muitas vezes menos danosas ao próprio direito envolvido e, até mesmo, mais bem talhadas à proteção do bem jurídico que se quer proteger.<sup>58</sup>

Isso gera um vazio na argumentação da constitucionalidade da limitação do direito exatamente por deixar de lado a consideração da *necessidade penal*

56. DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p. 77-78.

57. PULITANÒ, Domenico. Op. cit., p. 507.

58. DOLCINI, Emilio; MARIUCCI, Giorgio. Op. cit., p. 186.

e do *merecimento de tutela* na medida em que não é porque o bem constitucional *mereça* uma tutela penal (exemplo: a própria vida, como principal deles), que só por isso, a intervenção penal seja estritamente *necessária*, como já tratamos acima.

Por conta dessa segunda vertente crítica é particularmente feliz a lembrança de Dolcini e Marinucci, segundo quem só em Estados que preguem exclusivamente a intervenção da tutela penal com base em fins retributivos poder-se-ia chegar ao estágio do *merecimento* e não se perguntar da *necessidade*.

Se o paradigma da aplicação do Direito Penal é o da *prevenção geral e especial*, ao *merecimento* da intervenção deve-se somar sua *necessidade*. Dizem os autores, com os quais aqui concordamos, que “em um Direito Penal da prevenção não se pode de facto falar de obrigação de tutela penal – ou da manutenção da pré-existente tutela penal – apenas pelo facto de um determinado bem possuir uma categoria, ainda que muito elevada, no sistema constitucional também em presença de uma grave ofensa a um bem de grande importância, na verdade, múltiplas as considerações que podem opor-se ao recurso à pena por parte do legislador ordinário”.<sup>59</sup>

Ainda sob esse viés crítico, mas por outra perspectiva e em empréstimo das lembranças dos dois professores de Milão, lembramos que se é no campo da excepcionalidade constitucional que se antecipa uma política criminal de forma expressa<sup>60</sup> – pois, como já tratamos acima, não compactuamos de um vislumbrado *dirigismo constitucional* em matéria penal nem tampouco dum estabelecimento fechado de catálogo de bens jurídicos na Constituição que por essa mesma razão vinculam quanto à necessidade da tutela penal – não concordamos com antecipação, em limitação das liberdades, que venha implícita e ancorada apenas e tão somente em precária consideração desse ou daquele bem constitucional, conquanto tenha hierarquia das mais altas. Não nos seduz o argumento de que a hierarquia dos bens, mesmo a dignidade da pessoa humana e toda sua eficácia normativa que é defendida, possa justificar o lado implícito da legitimação da tutela penal.

A tese, nessa medida, da legitimidade dos mandados implícitos de criminalização ante o argumento da axiologia do bem jurídico constitucional (que, portanto, não poderia ser objeto de proteção *insuficiente* ou *defeituosa*), não é acatada porque, em uma palavra, não se concebe a justificação implícita para a incidência da tutela que é, por excelência, a mais restritiva dos Direitos Fundamentais.

59. Idem, p. 185.

60. Idem, p. 173.

### 3.1.2 Perspectiva constitucional: mandado implícito de criminalização na Teoria dos Direitos Fundamentais

É habitual, como se lê em Ingo Sarlet,<sup>61</sup> Luciano Feldens,<sup>62</sup> Lenio Luiz Streck<sup>63</sup> e Maria Luiza Schafer Streck,<sup>64</sup> tratar a faceta dos Direitos Fundamentais contra a proteção insuficiente, isto é, focar na sua exigência de *tutela estatal*, como um corolário natural da teoria dos Direitos Fundamentais apregoada por Robert Alexy em sua *Theorie der Grundrechte* e, com isso, desconsiderar-se a necessidade de uma análise quanto à necessidade de tal mandado ser *expresso* no texto constitucional.

Conhecido, da seminal obra do professor alemão, o enfoque que se deu a partir dela à dupla face dos Direitos Fundamentais em seu lado de *dimensão objetiva e dimensão subjetiva*, ele ecoou, no Brasil, também no seio do STF, quando do julgamento da ADIn 3.112/DF, igualmente de forma a, em resumo, não separar a exigência de o mandado ser *expresso* no texto constitucional.

Ali, e em bom resumo de como se tem reproduzido o discurso, disse-o por todos o Min. Gilmar Ferreira Mendes em seu voto na ADIn 3.112, que “tal concepção legítima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (Direito Fundamental enquanto Direito de Proteção ou de Defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os Direitos Fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que

61. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade... cit., p. 19 e 24-25 – nas últimas, a vinculação que o autor pretende construir entre as duas *proibições* em matéria penal (a de excesso e a de proteção insuficiente) a partir do tronco comum dos Direitos Fundamentais, é clara.

62. FELDENS, Luciano. *A constituição penal*... cit., p. 98 e ss.; \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e direito penal*... cit., p. 73 e ss.

63. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\_docman&task=doc\_download&gid=66&Itemid=40]. Acesso em: 04.10.2010.

64. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado, São Leopoldo, Unisinos, 2008.

do significado objetivo dos Direitos Fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos Direitos Fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de *adversário* para uma função de guardião desses Direitos”.

Em paráfrases do posicionamento do Tribunal alemão, uma vez mais, disse-o Gilmar Ferreira Mendes no já citado acórdão: “os Direitos Fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os Direitos Fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)”.

Do que compreendemos da evolução da teoria dos Direitos Fundamentais, deles tratando não mais do exercício *contra* ou *apesar do* Estado, mas *através* do Estado, *por meio* de prestações estatais e inclusive por intermédio de normas penais, concluímos que o dever de proteção, nessa medida, só se constrói a partir de determinação constitucional expressa, e não implícita. Tal distinção era de ter sido feita por quem reproduz, desse ou daquele jeito, os ensinamentos de Alexy – e o notável jusfilósofo germânico, conquanto tenha em mais de uma passagem, tratado do Direito à Tutela Penal como Direito Fundamental, não chegou ao ponto de justificar implicitamente a intervenção penal com amparo na teoria dos Direitos Fundamentais.

Por um lado, há a perspectiva de Pulitanò,<sup>65</sup> segundo quem a prestação estatal na qual se mostra o Direito Penal em natureza e função distinta da prestação propugnada por um Estado social – e é do último que se fala quando se imagina a chamada *dimensão objetiva* dos Direitos Fundamentais; o exercício dos Direitos por meio do Estado. Para aquele autor, enquanto o último (o Estado social) é o que promove condições econômicas, sociais e institucionais para o desenvolvimento dos Direitos, e guia o processo social com vistas a superar o ideal liberal de *laissez-faire*, a ideia de intervenção penal, mais ou menos antecipada, não tem ligação com o modelo de Estado, mas sim, com compromisso de superação da anarquia e insegurança do estado de natureza.<sup>66</sup> Da leitura que

65. PULITANÒ, Domenico. Op. cit., p. 515.

66. Diz aquele autor: “a efetividade da tutela, que o Direito Penal pretende assegurar, não é aquela que a distingue do Estado social, como passagem da formal atribuição

se faz do texto do autor, então, trata-se de prismas diferentes: por um lado, um modelo de política criminal (o que fazer para conter a insegurança); e por outro, que lhe antecede e ideologicamente com ele não necessariamente se confunde; o plano de intervenção estatal com vistas a operar direitos prestacionais.

Por outro, mesmo com recurso à obra do próprio Alexy, que vê como norma típica de direito prestacional a do “Direito a prestações normativas como a proteção por meio de normas de Direito Penal”<sup>67</sup> que indicaria a necessidade de um *dever de proteção* do Estado,<sup>68</sup> não se extrai o argumento de que o direito à proteção por intermédio de normas penais estaria implícito nos catálogos de Direitos Fundamentais.

As passagens do texto do professor alemão, conquanto tenham particularmente o mérito de superar a distinção entre direitos de defesa e direitos de proteção não possibilitam inferir que haveria mandados de criminalização implícitos a partir do texto constitucional – e ainda que em muitos exemplos tome como exemplos de direitos prestacionais o de emanção de normas penais.

Com efeito, e eis outra conclusão a que ousamos chegar: se é bem verdade que “Direitos Fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”<sup>69</sup> a própria construção teórica de cada um deles, com as incidências abstratas no que tange às tutelas específicas a os proteger (exemplo: desde a proteção contra homicídios até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear e, conseqüentemente, desde a

---

da fruição efetiva de tais direitos; mas é aquela que define em geral as funções – e a vigência – da ordem jurídica. A conformação de uma tal tutela efetiva é por isso um problema que precede (logicamente e historicamente) a efetividade dos Direitos no sentido mesmo de estado social, e todas as razões mesmas da relação autoridade-liberdade: a legitimação da autoridade estatal como instrumento de tutela, a sua delimitação como garantia liberal” (tradução livre). Original: “l’effettività della tutela, che il diritto penale intende assicurare, non è quella che contraddistingue lo stato sociale, come passaggio dalla formale attribuzione al godimento effettivo di dati di diritti; ma è quella che definisce in via generale le funzioni – e la vigenza – dell’ordine giuridico. La conformazione di una tale tutela *effettiva* è perciò un problema che precede (logicamente e storicamente) l’effettività dei diritti nel senso dello stato sociale, e tocca le ragioni stesse del rapporto autorità-libertà: la legittimazione dell’autorità statale come strumento di tutela, la sua delimitazione come garanzia liberale” (idem, p. 515-516).

67. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 442.

68. Idem, p. 453.

69. Idem, p. 446.



proteção da vida até a propriedade e, sob a forma de proteção de norma de Direito Penal à norma de Direito Processual e atos administrativos em geral).<sup>70</sup> implicitamente não se extrai da tábua de bens jurídicos constitucionais quais as razões imperativas de, uma vez mais, *necessidade e dignidade penal* aptas a motivar a intervenção da tutela penal. Se já é problemática – e efetivamente é – a antecipação penal tratada no plano do direito positivo pelo constituinte; imagine-se trabalhar com tal antecipação sem norma (constitucional) expressa.

Há risco enorme de – em não se distinguindo as construções teóricas que se sustentam para os mandados constitucionais explícitos, mas não para os implícitos – tomar-se a construção de Alexy sem as ressalvas de mirar-se ao direito positivo para daí tomar como justificável uma pretendida tutela dos direitos ante o aparato teórico da construção dos Direitos prestacionais com desvio de perspectiva.

Isso poderia se dar na medida em que seria utilizado o Direito Penal sem fundamento constitucional expresso da justificação da intervenção penal que lhe desse legitimação e, com isso, construir-se-ia – risco esse já tratado repetidas vezes neste trabalho, a partir da linguagem dos direitos – a negação deles. A liberdade (da Constituição, como decorrência da dignidade) seria utilizada, no limite, para tutelar implicitamente esse ou aquele valor, e, implicitamente, seria o móvel para o socorro ao Direito Penal; que em última medida iria negar a liberdade de quem caísse nas malhas de um Direito Penal assim construído.

Não foi a salvaguarda da dignidade humana um dos fundamentos do AI-5?

Tal risco de construção teórica, com reflexos empíricos de fácil constatação, provoca que atinjamos o terceiro ponto no trabalho: o da difícil convivência entre o Poder Legislativo (ante uma suposta construção de direito subjetivo à emanção de normas penais diante de uma escolha constitucional implícita – tese com a qual não concordamos) e o Judiciário (ante uma postura voluntarista diante da omissão constitucional em legiferação penal amparada na mesma *implicitude* – tese em relação à qual também temos reservas).

#### 4. ATIVISMO JUDICIAL E OS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Em outra oportunidade pudemos dizer que “não é o rótulo que se aponha à intervenção judicial que a caracteriza como mais ou menos protetiva dos Direitos, até porque a prudência quanto aos limites de atuação, conquanto seja critério sopesado exclusivamente pela Corte quando se vê na contingência de

70. Idem, p. 450.

análise mais ou menos profunda da questão constitucional a fim de admitir ou não como objeto de Jurisdição, não deve ser o critério de julgamento quanto à necessidade e oportunidade de intervenção em casos nos quais haja demanda explícita do ponto de vista da Constituição Federal”.<sup>71</sup>

Agora, e para os fins deste trabalho, podemos enfatizar: *ativismo judicial* é um rótulo que se põe à intensidade do controle jurisdicional em matéria de controle de constitucionalidade, rótulo esse que exatamente por não ter relação apriorística com o resultado a se atingir, e por poder ser utilizado em diferentes maneiras em diferentes contextos, significa, quanto ao conteúdo das decisões, nada ou muito pouco (a decisão *Lochner*, no início do século passado, é exemplo de *ativismo judicial* de estado liberal, enquanto que decisões como as proferidas pela Corte *Waren*, nos anos 50-60 do século XX, em matéria criminal, são signos de *ativismo* de estado intervencionista). É um adjetivo, e não um substantivo da decisão e mais se liga à possibilidade de se atingir maior ou menor profundidade analítica do que a uma pressuposta afronta à soberania do legislador, enclausurando-o nos ditames da determinação valorativa atingida pelo tribunal.<sup>72</sup>

Assim vistas as coisas podemos chegar ao ponto: exercer o controle de constitucionalidade quanto à omissão de legislação penal em matéria de mandados implícitos de criminalização, por todo o visto, parece-nos um inconstitucional exemplo de *ativismo judicial* justamente porque no paradoxo que notabiliza a atuação jurisdicional no controle de constitucionalidades,<sup>73</sup> não se sustenta o imperativo da decisão que determine ao legislador a emanação de norma penal a partir de premissa constitucional implícita; incerta portanto, e em matéria tão cara ao direito fundamental de liberdade dos indivíduos.

71. VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 300.

72. WOLFF, Christopher. *Judicial activism. Bulwark of freedom or precarious security?* Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 31.

73. No Direito norte-americano, ver: William Lasser: “restrição judicial é necessária não porque a Corte é fraca, mas porque ela é forte. E o *ativismo judicial* deve ser defendido apesar do fato claro de que a Corte tem a capacidade de levar a termo os julgamentos e fazer com que sejam impostos perante os outros poderes. A enorme força da Corte, e não sua aparente fraqueza histórica, torna a revisão judicial possível”. LASSER, William. *The limits of judicial power. The supreme court in american politics*. Chapel Hill & London: The University of North Carolina Press, 1988. p. 272, tradução livre. No mesmo sentido, na doutrina constitucional, WHITTINGTON, Keith E. The political foundations of judicial supremacy. In: GEORGE, Robert P.; BARBER, Sotirios A. (coords.). *Constitutional politics – Essays on constitutional making, maintenance, and change*. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 262.

A tanto chegou porque a construção da noção de Direitos Fundamentais, plasmados em constituições retira do legislador alguma medida que antes lhe era reservada da conformação das leis infraconstitucionais; e reconhecida-mente conquanto a pauta dos Direitos Fundamentais, assim vista torne já mais problemática (ou contígua) a pauta do legislador e do Judiciário; isso não necessariamente caracteriza a atuação do Judiciário como mais ou menos *ativista*. Noutros termos, ser ou não *ativista* não implica proteção (ou negação) das liberdades.

Exemplos do STF: ninguém duvida que a Corte assumiu postura *ativista* ao declarar inconstitucional o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990 e com isso assumindo posição que possibilitou a progressão de regime aos condenados pelos chamados *crimes hediondos* (STF, HC 82.959/SP, Pleno, j. 23.02.2006, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.09.2006). Mas ninguém pode duvidar, também, e com consequência frontalmente oposta no plano das liberdades individuais, que o Supremo também assumiu postura *ativista* ao julgar, mais recentemente, a ADIn 3.096/DF, de forma a dar *interpretação conforme* ao art. 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), possibilitando assim que os acusados por práticas em desfavor dos idosos não se vejam agraciados com aplicações dos ditames da Lei 9.099/1995 (STF, Pleno, ADIn 3.096/DF, j. 16.06.2010, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 03.09.2010). De resto, a interpretação da Corte – que nem se preocupa em dizer, nas linhas ou entrelinhas – o que tutela com mais eficácia o valor em jogo, segundo a qual pelo mero fato de se vedar a fiança a determinados crimes, estar-lhe-ia também proscrita a liberdade provisória que viesse desacompanhada de tal cautela, nos moldes do art. 310, parágrafo único, do CPP.<sup>74</sup>

Paulatinamente, a liberdade de escolha de manobras políticas do legislador vai se reduzindo, na medida em que, em prol da proteção de Direitos Fundamentais, aumenta o protagonismo judicial na proteção exatamente desses Direitos.

Mas nem isso se liga à noção de *ativismo judicial*, pois uma coisa é o protagonismo, permitido por engenharia constitucional; outra, também permitida, mas mais problemática, é a profundidade da análise, por parte de Cortes, quanto à esfera delimitada de atuação do legislador, controlando-lhe excessos e omissões a partir de determinada pauta jurídica.

74. O entendimento eoa, ainda, STF: HC 103.399/SP, 1.ª T., rel. Min. Ayres Britto, DJe 20.08.2010; HC 93.229/SP, 1.ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 25.04.2008; HC 101.259/MS, 1.ª T., rel. Dias Toffoli, DJe 05.02.2010; HC 93.940/SE, 1.ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 06.06.2008.

A jurisdição constitucional é pródiga quer nos exemplos de uma e outra situação (ação e omissão inconstitucionais), quer nas potencialidades técnicas que o controle de constitucionalidade e suas nuances é capaz de gerar. Não se duvida mais, hoje em dia, que o juiz (sobretudo o juiz constitucional de cortes constitucionais que o preveem) não é visto, apenas e tão somente, quer como a *boca da lei*, quer como mero legislador negativo. A conformação da atividade legislativa, determinada por emanações autoritativas do poder judiciário, há muito tempo, sepultou tal antigo dogma.

De toda forma, isso não autoriza, na delicadíssima matéria do controle de constitucionalidade das normas penais (ou na ausência delas, no caso de omissões inconstitucional de leis penais que, por isso mesmo, sinalizem para uma proteção insuficiente dos cidadãos),<sup>75</sup> a posição do Tribunal, *principalmente* na ainda mais difícil de se aceitar visão de mandados implícitos de criminalização, de porta-voz da medida da lei penal faltante, ordenando-se o cumprimento de uma implícita promessa constitucional.

Do desenvolvimento dos conceitos, haurido acima, e a partir das três vertentes da análise pelas quais aqui se pretendeu passar, outra conclusão não se atinge, em prol mesmo da conformação constitucional expressa de proteção de Direitos Fundamentais,<sup>76</sup> senão a de que de que o papel do judiciário em matéria de controle de mandados implícitos de criminalização outro não deva ser o de zeloso *self-restraint*.<sup>77</sup>

Observar as regras do jogo a partir das normas plasmadas nas constituições significa, em matéria penal, não dar o tom da necessidade de tutela e do seu merecimento, quando o constituinte não disse, clara e taxativamente, ser o caso. Isso é indiscutível proteção, na forma e no conteúdo, aos Direitos Fundamentais de liberdade. Enquanto, em matéria implícita, não houver lei penal

75. Observado que “em especial, não pode em princípio impor-se ao Estado, no âmbito das omissões, o mesmo ônus de fundamentação e de legitimação que no domínio das actuações interventivas. Pois enquanto nestas apenas tem tal ônus quanto a uma única medida – precisamente a tomada no caso – naquelas teria, eventualmente, de o satisfazer quanto a uma multiplicidade de medidas de protecção omitidas, ou até, mesmo, quanto à total ausência de actuação”. CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 65-66.

76. Pois anteriormente já pudemos defender o *ativismo judicial* então nomeado de “intervenção judicial em protecção da eficácia de direitos prestacionais”, mas não defendemos, ali, tratar de Direito à tutela de lei penal, e nem muito menos se essa fosse implícita na ordem constitucional. VIEIRA, Renato Stanzola. Op. cit., p. 309.

77. PALAZZO, Francesco. Direito penal e Constituição... cit., p. 39. Também assim: DONINI, Massimo. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. *Revista Penal* 8/36.

sancionadora, não se autoriza às Cortes impor-lhe legiferação, ainda que sob a roupagem de proteção (suficiente) de Direitos. Alguma conformação resta ao legislador, e é exatamente aquela em que a premissa da liberdade a partir da não cominação de lei penal lhe permita operar.

## 5. CONCLUSÕES

Há alguns fios condutores do trabalho, que implicaram a premissa colocada e nortearam o desenvolvimento da abordagem. Aqui, pode-se dizer também que se caminhou, no texto, do fim para o começo:

a) porque a colocação do Poder Judiciário como guardião da impositividade (expressa ou implícita) de mandados de criminalização é problemática a partir da separação de funções típicas entre órgãos soberanos, assumiu-se ponto de vista limitativo às cláusulas expressas e não se admitiu o protagonismo judiciário como implementador dos assim chamados mandados constitucionais implícitos de criminalização, até porque;

b) se acredita que a Constituição – pois *do fim para o começo* – impôs, na divisão entre tarefas jurídicas do legislador e do juiz, um limite negativo ao Direito Penal, isto é, comportou-se o limite de sua legitimidade. Com isso, significou barreira intransponível de incidência de leis penais sancionadoras, sob pena de promover-se expansionismo penal e culminância do Direito Penal máximo;

c) pois, afinal, de contas, a se chegar a tal ponto a relação entre Direito Constitucional e Direito Penal poderia se inverter, na medida em que o Constitucional não passaria de instrumental ao Penal, quando se bem não se possa considerar a recíproca como necessariamente verdadeira, as escolhas fundamentais são colocadas em âmbito Constitucional e não no Penal. Mais: não se concorda aqui com um utilitarismo penal, às custas do Direito de Liberdade, para atingir outros Direitos Fundamentais, mormente se implícitos ao invés de expressos nos textos constitucionais. E por isso, conseqüentemente, não nos parecem constitucionalmente justificáveis os argumentos em favor de uma assim existência de mandados constitucionais de criminalização implícitos. Nestes, o problema é de dupla ordem: de legitimação da tutela penal – o que balança a dogmática específica, e legitimação para a atuação da jurisdição constitucional neste campo.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2. reimp. da edição de julho de 2003. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2009.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. vol. 2. ano 4. p. 171. Lisboa: Aequitas, abr.-jun. 1994.
- DONINI, Massimo. Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. *Revista Penal*. n. 8. p. 24. Universidad de Huelva. Universidad de Salamanca. Universidad Pablo e Olavide. Sevilla. Universidad de Castilla-la Mancha, Barcelona: La Ley, 2001.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.
- HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (coord.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- LASSER, William. *The limits of judicial power. The supreme court in american politics*. Chapel Hill & London: The University of North Carolina Press, 1988.
- MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. Coletânea original Jürgen Schwabe*. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldine Ferreira. Prefácio: Jan Woischnik. Berlin: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- MORO, Sérgio Fernando. *Legislação suspeita? Afastamento da presunção da constitucionalidade da lei*. Curitiba: Juruá, 2003.
- PALLAZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989.
- \_\_\_\_\_. Direito penal e Constituição na experiência italiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. vol. 1. ano 9. p. 31. Coimbra: Coimbra Ed., jan.-mar. 1999.
- PALMA, Maria Fernanda. Constituição e direito penal. As questões inevitáveis. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- PULITANO, Domenico. Obblighi costituzionali di tutela penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Nuova Serie. anno XXVI. p. 495. Milano: Giuffrè, 1983.
- RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 62. p. 36. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2006.
- ROXIN, Claus. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. *Derecho penal. Parte general*. 1. ed. reimp. Trad. da 2. ed. alemã e notas por Miguel Diaz Diego-Manuel Luzón Peña y Javier de Vicente Remesal García Conlledo. Madrid: Civitas, 2006. t. I.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/sis\_artigos/artigos.asp?codigo=53]. Acesso em: 06.09.2010.
- SILVA FRANCO, Alberto. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. vol. 2. ano 6. p. 177. Coimbra: Coimbra Ed., abr.-jun. 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*. vol. 2. n. 1. p. 191-210. São Paulo: jan.-jun. 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Observaciones sobre la relación entre derecho constitucional y derecho penal en España. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* t. II. p. 118. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácito Ed., 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\_docman&task=doc\_download&gid=66&Itemid=40]. Acesso em: 04.10.2010.
- STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado, São Leopoldo, Unisinos, 2008.
- TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 0. p. 75. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- WHITTINGTON, Keith E. The political foundations of judicial supremacy. In: GEORGE, Robert P.; BARBER, Sotirios A. (coords.). *Constitutional politics – Es-*

*says on constitutional making, maintenance, and change*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

WOLFE, Christopher. *Judicial activism. Bulwark of freedom or precarious security?* Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

#### PESQUISAS DO EDITORIAL

##### Veja também Doutrina.

- As Cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint*, de Artur César de Souza - RT 874/11;
- Direito penal e revisão constitucional, de Luiz Luisi - RT 729/369;
- Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos, de André de Carvalho Ramos - RBCCrim 62/9, e
- O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz, de Artur César de Souza - RT 868/429.
- *Curso de direito penal*, de René Ariel Dotti, 3. ed., São Paulo, Ed. RT, 2010.