

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.¹

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 dupla² (ou tripla, até),³ pode desvelar discurso protetor de Direitos Fundamentais na superfície (na medida em que visa privilegiar a proteção *suficiente*⁴ ou *não defeituosa*⁵ 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,⁶ 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: HEFENDEHL, 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*) necessidade⁷ 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”.⁸ 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”.⁹

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,¹⁰ 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.¹¹

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.¹² “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.¹³

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”.¹⁴

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,¹⁵ 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,¹⁶ a *torcida* não é, em regra,¹⁷ 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.¹⁸

Qual é – posto que a justificativa da intervenção da tutela penal está na própria Constituição,¹⁹ 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, MORE, 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*²⁰ 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,²¹ 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.²² 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”.²³

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”)²⁴ 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 firmam os valores de relevância constitucional”).²⁵

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 Díaz 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”)²⁶ 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”).²⁷

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*’”.²⁸

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.²⁹

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,³⁰ 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,³¹ 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.³²

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.”³³

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”.³⁴

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,³⁵ 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 deôntico de imperativo), mas uma previsão de faculdade de acomodação, para que melhor se tutele o bem jurídico constitucional (modal deôntico 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.

