XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-168-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentindo amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinarias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo "A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro", de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto "Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental", a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto "O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer", os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por "razões de Estado", importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343 /2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, consequentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão licitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

ANÁLISE DOGMÁTICA DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS CRIMINALIZADORES E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

DOGMATIC ANALYSIS OF THE CONSTITUCIONAL CRIMINALIZING COMMANDMENTS AND OF THE CONSTITUTIONAL CRIMINAL PRINCIPLES

Alberto Jorge Correia de Barros Lima [1]
Nathália Ribeiro Leite Silva [2]

Resumo

A Constituição Federal Brasileira lança influxos dirigidos a todas as searas do Direito, inclusive ao Direito Penal, que deve observância às normas constitucionais, condicionantes da atuação do legislador e do julgador, já que o poder público detém o poder-dever de punir os transgressores da ordem jurídica. O Direito Penal Constitucional, destarte, traz imposições de conteúdo tanto ao momento de feitura quando ao de aplicação da lei penal, através dos princípios constitucionais penais implícitos ou expressos e dos mandamentos constitucionais criminalizadores, de conteúdo impeditivo ou prescritivo. Ambos devem ser levados em consideração, num Direito Penal do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito constitucional penal, Princípios constitucionais penais, Mandamentos constitucionais criminalizadores, Imposição de conteúdo

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Federal Constitution throws inflows directed to all of the fields of the Law, including the Criminal Law, which must comply the constitutional rules, that conditions the legislator's and the judge's work, since the public force holds the power-duty to punish the transgressors of the law. The Constitutional Criminal Law, therefore, provides content levies both to the making and to the enforcement of the Criminal Laws, through the implicit or explicit constitutional principles and the constitutional criminalizing commandments, of hindering and prescriptive content. Both must be taken in consideration, in the Criminal Law of the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional criminal law, Constitutional criminal principles, Constitutional criminalizing commandments, Content levies

---

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Alagoas, do Centro Universitário Tiradentes - UNIT e da Escola Superior da Magistratura no Estado de Alagoas.

[2] Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas

INTRODUÇÃO

Não se discute mais a constatação de que, hodiernamente, as constituições, dotadas de função de limitar e disciplinar o poder estatal, a fim de propiciar o regular exercício dos direitos dos indivíduos, emitem influxos dirigidos a todos as demais searas do Direito, das quais não se exclui o Direito Penal. Assim, também este ramo jurídico deve obediência às regras e princípios constitucionais, que condicionam a atuação tanto do legislador como do julgador.

A Constituição Federal brasileira, seja de maneira implícita ou explícita, versa sobre as possibilidades de criminalização e descriminalização de condutas, como também direciona a aplicação das sanções penais. Sendo a vingança pública, através do *jus puniendi* estatal, a única forma de vingança admitida no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado reúne a responsabilidade de suavizar as tensões sociais decorrentes da prática de delitos, através da criminalização de certas condutas e punição dos agentes que as efetuarem, respeitando, nesse meio termo, os direitos fundamentais tanto dos criminosos quanto das vítimas.

Destarte, o presente artigo propõe a contextualização o chamado Direito Penal Constitucional, discorrendo acerca dos pontos de ingerência do Direito Constitucional no Direito Penal, ao tratar, primeiramente, da imposição restritiva trazida pela Constituição a este ramo do Direito, tanto formal quanto material. Será abordada, também, a imposição de conteúdo que a Carta Maior aporta ao Direito Penal, tanto ao obrigar o Estado a criminalizar certas condutas, como ao impedir que este descriminalize outras.

Discorrer-se-á, ainda, acerca dos princípios constitucionais penais, exigências de racionalização e legitimação que a Constituição Federal impõe ao Direito Penal do Estado Democrático de Direito. Por fim, serão apresentadas as cláusulas constitucionais penais de conteúdo impeditivo e prescritivo, sendo estas as que vedam a descriminalização de condutas e aquelas as que impõe sua criminalização ou tratamento mais gravoso.

1 DIREITO PENAL, CONSTITUIÇÃO E MANDAMENTOS CRIMINALIZADORES

Parece inquestionável que as constituições, até mesmo pelo histórico liberal de sua evolução, que não cabe aqui mencionar, têm como funções precípuas a limitação e disciplina do exercício do poder detido pelos governantes, bem como a garantia e, por que não dizer, também, os limites dos direitos dos súditos.

Os aspectos materiais das constituições modernas, assentes na ideia de limites, balizam, na atualidade, não há dúvidas, a atuação de todos os ramos do direito. A constituição é o "estatuto fundamental da ordem jurídica geral"(CANOTILHO, 1984, p. 163), é ela que determina os pressupostos de "criação, vigência e execução de todo o ordenamento jurídico" (HESSE, 1983, p. 17), de sorte que o Direito Penal tem barreiras firmadas na Carta Constitucional.

O Direito Penal não é senão um subsistema de normas que devem, por imperativo de supremacia, obediência às normas constitucionais, as quais por meio de princípios e regras, vão condicionar o próprio legislador e o juiz a se portarem consoante as diretrizes por elas estabelecidas.

Parafraseando Nuvolone (1981, p. 38), pode-se dizer que a Constituição brasileira deve ser considerada como alicerce do Direito Penal. Nela estão contidos princípios fundamentais que devem ser observados por todo o subsistema penal (Direito Penal ordinário); é o caso, por exemplo, do princípio da igualdade, o qual, ainda que não seja uma norma constitucional penal, é princípio constitucional influente em matéria penal.

A Constituição contém os comandos superiores quanto à operacionalização do Direito Penal, como também encerra, explícita e implicitamente, a possibilidade de criminalização e descriminalização de condutas, regulando assim direito fundamental dos indivíduos: a liberdade. É a Constituição, pois, que traça os contornos da possibilidade ou impossibilidade da criação de infrações penais, além de fixar marcos que impedem e marcos que possibilitam a descriminalização.

Demais, é a Constituição que traça as linhas mestras quanto à possibilidade de sanções penais, determinando, de modo geral, quais são as possíveis em nosso Sistema e quais as sanções que não podem ser aplicadas. Dentre as primeiras, a Constituição delimitará, em algumas, como a pena privativa de liberdade, por exemplo, os limites máximos de sua aplicação.

Por fim, a Carta Federal, revelando agora a imagem de um Estado ativo, que se esmera com os programas de transformação social e valora determinados bens jurídicos por conta das diretrizes de política criminal (PALAZZO, 1989, p. 103), indica os chamados mandamentos de criminalização, que são previsões constitucionais as quais impõem tratamento criminalizador ou um recrudescimento de mecanismos de direito material (v.g. a imprescritibilidade), mecanismos processuais (v.g. impossibilidade de fiança) e mecanismos de execução (v.g. obrigatoriedade da pena de reclusão), ou mesmo impossibilidade de

descriminalização, tudo em razão da ofensa de certos bens tutelados pela própria Constituição.

É que como o Estado chamou para si o "direito" de punir (*jus puniendi*), criminalizando inclusive a reação das vítimas (guardadas as exceções como nas causas de exclusão de ilicitude, a autotutela é vedada) – consoante expressado no tipo do exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345) - criminalizar implica, assim, reconhecer os direitos fundamentais destas.

2 CONSTITUIÇÃO E IMPOSIÇÃO RESTRITIVA AO DIREITO PENAL

As constituições modernas têm, entre outras funções, a de limitação do Poder. Uma das formas de interação entre o Direito Penal e a Constituição é a imposição restritiva desta em relação aquele, o que importa significar que é possível criminalizar comportamentos desde que tal criminalização não afronte as normas assentes na Carta Constitucional. Por esta via, restritiva, a Constituição não seleciona os bens jurídicos a serem criminalizados, apenas reduz os limites da criminalização, impedindo que o legislador crie normas penais incriminadoras incompatíveis com a Carta Constitucional.

Nesta perspectiva, o legislador tem maior liberdade para criminalizar, já que, assim como ocorre com todos os demais subsistemas: civil, administrativo, tributário, dentre outros, somente não lhe é permitido contrariar o texto constitucional, ou, por outras palavras, qualquer movimento criminalizador que seja compatível com o texto lhe é plenamente admitido. A imposição restritiva pode atuar: i) materialmente e ii) formalmente. Atua materialmente quando impõe ao legislador a impossibilidade de criação de normas penais que contrariem, em certa medida, os valores substanciais e os princípios transportados pelo texto constitucional, em especial os direitos fundamentais. Não é possível, por exemplo, a existência de penas perpétuas, de banimento, cruéis etc. (CF, art. 5º, XLVII).

Atua formalmente quando fixa regulações estruturais para a fabricação das normas penais, regulações estas que, no dizer de Bobbio (1995, p. 162), são "normas que regulam o modo pelo qual deve ser normado o comportamento dos súditos (temos então uma regulamentação da regulamentação, ou uma regulamentação ao quadrado)". Como exemplo, o legislador ordinário não poderá incriminar fatos anteriores à lei promulgada, isto porque o princípio constitucional penal da anterioridade, a ser tratado mais adiante, impede a possibilidade de criação de leis *ex post facto*.

Vários autores mostram-se partidários de uma concepção de imposição constitucional restritiva ao Direito Penal, exclusivamente. Dentre eles, na Itália, Nuvolone (s/d, p. 491) acredita que o texto constitucional não exaure o leque de bens jurídicos que podem ser "tutelados" pelo Direito Penal. Afirma que não é ilegítima "a incriminação de lesão de outros interesses, desde que não esteja contrariando a Constituição". Objeta, ademais, que se assim não fosse, o constituinte deveria ter formatado o texto que transporta o princípio da legalidade do seguinte modo: "ninguém pode ser punido senão por força de lei que tenha entrado em vigor antes do fato e que tenha por objeto um bem constitucionalmente garantido" (NUVOLONE, 1981, p. 40).

No Brasil, essa concepção é defendida por Nilo Batista (1990, p. 96), quando assevera que a Constituição funciona, particularmente, como um "controle negativo", afastando a possibilidade de um catálogo de bens jurídicos que atrele, absolutamente, o Direito Penal à Constituição. Na mesma linha, Luiz Regis Prado (1996, p. 65) aduz que certos parâmetros, de natureza constitucional, são capazes de impor uma determinada e necessária restrição ao legislador ordinário na oportunidade de fabricação da norma incriminadora.

Não obstante a restrição constitucional, a legitimação e a exclusividade do parlamento no que diz respeito à reserva de lei em matéria penal, é de se questionar a liberdade de escolha criminalizadora do legislador ordinário. O Estado Democrático de Direito, constituído para realizar o bem de todos (CF, art. 3º, III), impõe como proteção aos direitos fundamentais do ser humano, mormente o direito à vida e à liberdade, também, limites substanciais relativos ao juízo de criminalização e descriminalização. É isto que veremos a seguir.

3 CONSTITUIÇÃO E IMPOSIÇÃO DE CONTEÚDO AO DIREITO PENAL

Para além de reduzir os limites da criminalização via imposição restritiva material e formal, a Constituição restringe as possibilidades de fabricação de leis incriminadoras através da imposição de conteúdo ao Direito Penal. Como se verá, o princípio constitucional da intervenção mínima tem como uma de suas funções a determinação de seleção de bens jurídicos fundamentais para a feitura de regras incriminadoras.

É que, é certo, a Constituição, ao transportar para o mundo jurídico as opções valorativas mais importantes para a convivência entre o povo de um Estado – Constituição em sentido material –, traz consigo um amplo catálogo debens jurídicos (ver Capítulo Quarto) e

estes, por terem recebido a **dignidade** constitucional, são os únicos que podem merecer a tutela penal.

Desse modo, será da aproximação da Constituição com as opções fundamentais e mais consensuais de uma comunidade que resulta sua legitimidade para se impor, vinculando, a todo ordenamento jurídico; e será do amálgama do Direito Penal "com os valores mais essenciais (na dupla vertente de os proteger e de, através da pena, os limitar) do homem em comunidade que resulta sua particular dependência (e subordinação) face à Constituição" (CUNHA, 1995, p. 18).

Assim, o Direito Penal só está legitimado para atuar, até por imperativo do princípio da proporcionalidade, quando atingidos os valores mais essenciais à vida do homem em comunidade. Consoante doutrina Angioni (1983, p. 166), se o bem afetado pela sanção penal (liberdade) tem elevada importância constitucional ("bens primários"), o bem cuja lesão oportuniza a intervenção penal deve gozar, da mesma maneira, de similar importância. Isto não significa que, reconhecido determinado valor pela Constituição como essencial à convivência em sociedade, o Direito Penal esteja apto para ser acionado por meio do legislador ordinário. Os princípios constitucionais penais da intervenção mínima e ofensividade ditarão, ainda, limitando mais o legislador, os contornos da possibilidade de criminalização. Esta tese é defendida por Bricola (1977, p. 15-16) na Itália. Para ele, somente pode existir criminalização quando houver lesão significativa de um valor constitucionalmente importante. Isso, afirma ainda, não implica, tão só, na não contrariedade do bem face à Constituição, mas assunção dele pelos valores expressos ou implícitos contidos na Constituição.

No Brasil, Márcia Dometila de Carvalho também segue esses passos. Referindo-se ao conceito de delito como "um fato lesivo de um valor constitucionalmente relevante", para atender a qualidade de *extrema ratio* do Direito Penal, ela afirma que, com o advento de uma nova ordem constitucional, torna-se imprescindível a revisão dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, "determinando-se, à vista da nova Constituição, onde deve estar o acento dos tipos penais, como devem ser hierarquizados e, consequentemente, como devem ser graduadas as penas à luz da importância daqueles bens para os objetivos constitucionais" (CARVALHO, 1992, p. 37-38).

Tal estreitamento das possibilidades de fabrico de normas incriminadoras justificam-se, por outro lado, no fato do *jus puniendi*, no Estado Democrático de Direito equilibrar-se, necessariamente, na medida exata entre as possibilidades de utilização do controle social

formal e as garantias de liberdade individual. O enfraquecimento destas últimas tem, via de regra, como consequência, o alargamento do Estado Policial, com graves consectários para as pessoas e para as instituições democráticas. Contudo, não se pode esquecer, na evolução social, dentro do marco do Estado Democrático, cujo direito tem índole promovedora e transformadora, que o Direito Penal pode e deve, de forma comprimida todavia, servir como instrumento interventivo, destinado, por paradoxal que seja, aos câmbios sociais.

É que, com base no equilíbrio, o enfraquecimento excessivo do *jus puniendi* Estatal, mormente para delitos que afetam fortemente as próprias liberdades individuais e o patrimônio público – estes praticados pelas classes sociais economicamente favorecidas e aqueles que detém o poder – por exemplo, traz, também, severos efeitos para as pessoas e as próprias instituições democráticas. A imposição constitucional de conteúdo determina, agora, fulcrada em valores mais caros, obrigações criminalizadoras e de impossibilidade de descriminalização, os mandamentos criminalizadores.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

O Estado Democrático de Direito consagrou a junção dos princípios próprios do Estado Liberal e dos princípios inerentes ao Estado Social e, como o todo é mais do que a soma das partes (HEISEMBERG, 2001, p. 41-42), ou, em uma linguagem dialética, como a síntese supõe uma superação dos componentes básicos isoladamente considerados, o Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º) é, ou pretende ser, uma **superação** dos modelos de estado Liberal e Estado Social, vincado na concepção democrática de realizar o bem de todos, respeitando o direito das minorias (CF, art. 3º, IV) e atuando mediante procedimentos estabelecidos que não façam nenhuma concessão ao arbítrio, todavia que possibilitem a participação dos múltiplos setores sociais na elaboração desses próprios procedimentos, impregnando-os não só de legalidade, mas também de legitimidade.

Os princípios constitucionais penais são, é possível dizer, uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto **as possibilidades de formulações legislativas penais** referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos

fundamentais, **quanto à atuação judicial** concernente à interpretação das regras criminais existentes.

Há autores (PALAZZO, 1989 , p. 22-23; LUISI, 1991, p. 10-11) que distinguem – e o fazem corretamente – os princípios constitucionais penais dos princípios constitucionais pertinentes à matéria penal, afirmando que os primeiros fazem parte diretamente do subsistema penal, em face do seu próprio conteúdo, ao passo que os segundos têm conteúdo heterogêneo, traçando linhas específicas (v.g. família, economia, administração pública), mas também, é preciso registrar, linhas gerais (v.g. igualdade, isonomia entre os sexos), vinculando tanto o legislador civil, administrativo, tributário, quanto o legislador penal que intervier na respectiva matéria.

Os princípios constitucionais penais, explícitos e implícitos por sua conexão e compatibilidade com os primeiros, e os princípios constitucionais influentes em matéria penal estão presentes na Constituição Federal, por isso mesmo são hierarquicamente superiores às normas penais ordinárias, devendo essas, por imperativo da superioridade hierárquica, amoldarem-se às irradiações daqueles, sob pena de incompatibilidade e consequente inconstitucionalidade se lhes forem posteriores, ou simples revogação se lhes forem anteriores[1].

Toda a teoria do crime deve ser guiada segundo a ação difusiva e contagiante dos princípios constitucionais reportados, não havendo possibilidade de dissociação das categorias penais da irradiação fundamentante das normas constitucionais[2], **isso tanto na interpretação das regras de aplicação e criminalizadoras, quanto na análise da prova colhida**. O problema da interpretação não se cinge apenas ao ajuizamento do sentido das expressões

---

[1] O Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que se lei **anterior** é incompatível com a Constituição esta é simplesmente revogada pelo critério cronológico – a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*):

"[...] O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade in abstracto – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95.993 – 99.544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores." (STF – ADI 129 (MC) – SP – TP – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU 28.08.1992)

"[...] Não cabe a ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de lei anterior à Constituição em vigor. De acordo com orientação firmada pelo STF, na ADIN nº 2, 06.02.1992, a hipótese é de revogação da lei anterior, se contrária à nova Constituição, e não de inconstitucionalidade do mesmo diploma..." (STF – ADI 9 – DF – T.P. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 24.04.1992).

[2] A supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento opera a recusa da interpretação conforme as leis, o que pode levar à inconstitucionalidade. O essencial é que se interprete a lei segundo as normas constitucionais superiores, nunca ao contrário.

normativas (proposições), mas vai além quando, antes, enfrenta a avaliação dos fatos e, após, a subsunção dos mesmos à lei.

Embora haja divergência doutrinária quanto a fusão dos princípios implícitos, a doutrina, em geral, é concorde quanto aos princípios constitucionais penais, ditos fundamentais, quais sejam o princípio da intervenção mínima, da ofensividade (implícitos), da legalidade, da culpabilidade e o princípio da humanidade (expressos) e a discussão sobre se eles são mesmo princípios ou regras passa ao largo no Direito Penal onde a denominação princípio é caracterizadora do seu grau de fundamentalidade e de hierarquia constitucional.

O princípio da intervenção mínima nasce como um movimento da burguesia destinado a conter a desvairada criação e aplicação de crimes pela monarquia. Inicialmente político, depois se espalha pelas constituições europeias e começa a ganhar uma dimensão intradogmática. Este princípio tem uma dupla atuação, aplica-se inicialmente aos legisladores, e, em seguida, aos juízes. A intervenção mínima vai diminuir a possibilidade de formulações legislativas, e vai colocar os juízes como controle dos legisladores. A intervenção mínima é conceituada por seus corolários, a fragmentariedade, a subsidiariedade e a adequação.

A fragmentariedade consubstancia a ideia de uma dupla seleção, consistente na averiguação da dignidade do bem jurídico e da ofensa grave a este bem. O crime, então, é uma interferência material no Direito do outro. Bem jurídico, de seu turno, deve ser entendido como o bem que interessa ao Direito. O consectário da fragmentariedade, portanto, diz ao legislador que só é possível trazer para o Direito Penal a proteção dos bens jurídicos mais relevantes (que atualmente diz-se que são os contidos na Carta Constitucional), bem como que a criminalização pode ser apenas das ofensas graves a esses bens jurídicos. Nesse ponto, entra a máxima ou princípio da insignificância, segundo o qual se divide a tipicidade em formal e material, sendo essa última justamente a aferição da gravidade da ofensa ao bem, que, caso insignificante, não caracterizará o ilícito penal.

Outro corolário da intervenção mínima é a subsidiariedade, que consubstancia o ideal de que o Direito Penal deve agir como *ultima ratio* no sistema jurídico. Ou seja, a atuação do Direito Penal deve ser limitada aos casos em que os demais ramos do Direito falharem em abrandar as tensões sociais. O terceiro e último corolário da intervenção mínima é a adequação, que, por sua vez, trata-se de dizer que o Direito Penal não é contraproducente. É a verificação de que a resposta penal é apta a conter, de maneira razoável, a conduta indesejada.

O princípio da intervenção mínima pode ser aplicado como imposição de conteúdo ao legislador, que deverá fazer uma seleção de bens jurídicos, como verificação da

constitucionalidade do tipo incriminador pelo juiz e como o princípio interpretativo da insignificância. Assim,

> A restrição ou privação desses direitos invioláveis (liberdade, vida, igualdade, segurança e propriedade) somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. (LUISI, 1991, p. 92).

Quanto ao princípio da ofensividade, este é montado dentro da lógica do confronto entre o Direito e a moral. O Direito Penal se centra na sua pedra de torque, que é a conduta humana que fere bem jurídico alheio, não lhe sendo dado ater-se à discussão acerca do que é moral ou imoral, uma vez que a moral é focada em comportamentos considerados pecaminosos, mas que não ferem bem jurídico alheio algum. Diversamente, o princípio da ofensividade, em sua feição de certo modo garantista, assegura que apenas sejam alvo de criminalização e de sanção os fatos que lesem de maneira concreta bem jurídico alheio considerado relevante (GOMES, 2002, p. 102).

O princípio da ofensividade tem quatro funções, no sentido de proibir a incriminação de inclinações interiores, de comportamentos que não ultrapassem o âmbito do próprio autor, de condutas desviantes que não afetem quaisquer bens jurídicos e de comportamentos existenciais. Esse princípio, como o da intervenção mínima, tem sua constitucionalidade implícita.

Tal qual o princípio da intervenção mínima, a ofensividade traz como forma de aplicação uma imposição de conteúdo ao legislador, a verificação da constitucionalidade do tipo objetivo incriminador pelo juiz, e, também, a inversão do ônus da prova nos crimes de perigo abstrato.

O princípio da culpabilidade surge também no Estado Liberal. O vocábulo pode ser conceituado, no Direito Penal, com ao menos quatro significados distintos. Pode ser entendido como princípio, norma jurídica, em que consiste no expurgo da responsabilidade objetiva. Pode ser entendido como elemento da teoria do crime, sendo o juízo de reprovação do sujeito praticante do injusto penal, que, livre ao tempo do delito, deveria ter condições de se autodeterminar.

Pode, também, ser entendido como medida da pena, no sentido de que para firmar a pena é necessária uma análise da culpabilidade, com base no art. 59 do Código Penal, a fim de evitar as penas tarifadas. O quarto significado é a culpabilidade consignada num dos incisos do art. 59, que é a culpabilidade específica, como a menor ou maior possibilidade do acusado de ter evitado o delito.

O princípio da culpabilidade não existiu nas culturas distantes, mas surgiu com os romanos, que desconheceram a culpa *stricto sensu*. Quando desponta o princípio da culpabilidade como expurgo da responsabilidade objetiva, nasce a ideia de dolo, que possui um elemento cognitivo, de consciência da realidade, um volitivo, dirigido ao tipo, e uma conduta mais ou menos dominável, no sentido de que o sujeito deve ter um mínimo de ingerência na ocorrência do fato.

Quanto à culpa, ela possui também alguns elementos. O primeiro é a quebra do dever objetivo de cuidado, que no Brasil se divide em imprudência, negligência e imperícia. O segundo elemento é o resultado em nexo causal com a conduta. O terceiro e último é a previsão em lei penal, uma vez que a culpa é exceção no Direito Penal, e as condutas humanas são demasiado variadas para que o legislador as preveja todas.O dolo e a culpa são limites ao Direito Penal, como por exemplo, ao nexo de causalidade.

São dois os corolários da culpabilidade no Brasil, a intranscendência da pena, segundo a qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, e a individualização da pena, como vedação às penas tarifárias, segundo a qual a pena deve ser medida em razão das características pessoais do sujeito. É dizer, segundo esse princípio, a pena serve para "retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso" (HUNGRIA, 1945, p. 65). Sua constitucionalidade é expressa, no inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal.

O princípio da humanidade, também fundado no Estado Liberal e seu maior legado em matéria de princípios constitucionais penais, nasce contra todos os abusos cometidos na idade média, a exemplo das chamadas ordálias, que se baseavam numa 'ordem divina' para punir as pessoas. Parte do pressuposto de que, posto que a pena pressupõe um sofrimento do apenado, não podendo ser cumprida sem dor, esta deve ser aplicada sem que se deixe de levar em consideração a qualidade de pessoa humana do condenado (JESCHECK, 1993, p. 36).

Este princípio tem cinco funções. A primeira é a de proibir a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, em que o Congresso Nacional reconhece a existência da guerra.

Impede, também, a criminalização das penas de caráter perpétuo, na medida em que elas retiram a esperança do indivíduo. O princípio da humanidade ainda veda penas de trabalhos forçados, sendo importante se frisar que não há proibição a que o preso trabalhe dentro das normas regulamentares, sendo inclusive uma obrigação do preso, que acarreta falta grave caso não exercido, e é causa para remição da pena.

É proibida também a pena de banimento, porque retira o indivíduo de seu habitat. É de se ressaltar que o banimento também é uma pena perpétua. É a vedação ao exílio de país, sendo possível o exílio local, a exemplo de casos da lei Maria da Penha. Por fim, proíbe a aplicação de penas cruéis, sendo penas cruéis todas as que se assemelhem às anteriores, também vedadas.

A constitucionalidade do princípio é expressa, porque esses comandos estão previstos diretamente no inciso LVIII da CF/88.

Por fim, o princípio da legalidade penal tem três consectários, sendo eles o da reserva legal, o da taxatividade e o da anterioridade. Isso se extrai da própria dicção do inciso XXXIV do art. 5º da CF/88. A taxatividade é a diminuição da vagueza do tipo penal, as ambiguidades, as incertezas, as imprecisões. A reserva legal é a limitação da possibilidade de criação de crimes à lei. Apenas a lei pode ser fonte formal direta do Direito Penal. E a anterioridade prevê que a criação do crime deve ser anterior ao seu cometimento.

Tem como funções a de proibir a criação de delitos pelos costumes, a de proibir a retroatividade *in pejus*, a de proibir a analogia *in pejus* e a de exigir a menor impreciso na construção do tipo objetivo.

É importante, ainda, distinguir a legalidade formal da legalidade substancial, devendo-se considerar esta como anterior, e eventualmente contrária à lei, fundada numa espécie de direito natural (LUISI, 1991, p. 17). Colocando em outras palavras, a vertente substancial da legalidade obriga a que seja feito um cotejo desta com os princípios da dignidade humana, da intervenção mínima, da humanidade, da culpabilidade e da ofensividade, observando-se estes como valores fundamentais da ordem jurídica.

5 IMPOSIÇÃO DE CONTEÚDO E LIMITES À DESCRIMINALIZAÇÃO

Se os princípios constitucionais penais estão mais voltados para a contenção das possibilidades criminalizadoras do legislador e do juiz, os mandamentos constitucionais criminalizadores, ao contrário, traduzem comandos de uma Constituição que, exaltando determinados valores e apostando nas possibilidades que tem o Estado de transformação social, apontam o Direito Penal como um dos instrumentos possíveis de proteção daqueles, uma ferramenta na longa tarefa de alcançar a transformação pretendida (PALAZZO, 1989, p. 103).

O Estado Democrático de Direito, consoante afirmamos neste trabalho (Capítulo Terceiro), consagrou a junção dos princípios próprios do Estado Liberal e dos princípios inerentes ao Estado Social, traduzindo-se numa superação dos dois modelos. O Estado, nessa concepção, não é mais neutro e menos ainda o "inimigo dos direitos fundamentais", todavia passa a ser presente na assistência desses próprios direitos, vistos, não só e sempre, como "direitos contra o Estado", mas também "através do Estado" (CUNHA, 1995, p. 273-274).

Os mandamentos constitucionais criminalizadores são, tivemos oportunidade de assinalar, uma imposição constitucional de conteúdo que tanto restringe os processos de descriminalização, como determina criminalizações e/ou recrudescem o tratamento penal.

Os mandamentos que determinam criminalização estão contidos de forma expressa em alguns países democratas europeus. Nas Constituições da Alemanha e da Itália do pós-guerra, eles aparecem, apenas, no que se refere à obrigação de sancionar o atentado à convivência pacífica dos povos, além da preparação de uma guerra agressiva e a obrigação de apenar qualquer violência física e moral a quem que esteja submetido a uma restrição da liberdade, respectivamente. Na Constituição espanhola, de dezembro de 1978, bem mais recente, portanto, que as outras duas, valores como os direitos fundamentais, o meio ambiente e o patrimônio histórico, cultural e artístico fundamentam as três cláusulas existentes (PALAZZO, 1989, p. 103-104).

No Brasil, a Constituição, *densificando* determinados bens jurídicos, considerados, axiologicamente, os mais relevantes, **impede**, em um primeiro momento, que o legislador, instituindo leis descriminalizadoras (*abolitio criminis*), retire deles, quanto às ofensas mais significativas, a proteção penal. A tal imposição chamaremos de imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo.

Em um segundo instante, a Constituição, traçando uma série de ordenações criminalizadoras, determina, expressamente, a proteção penal para alguns comportamentos lesivos a esses bens ou estabelece um tratamento mais gravoso para crimes já existentes. Tal imposição, chamada de cláusulas constitucionais de criminalização, denominaremos imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo.

Essas imposições, advirta-se, não escapam dos marcos impostos pelos princípios constitucionais que limitam a intervenção penal. Elas, portanto, devem ser entendidas em cotejo com os princípios reportados – mesmo porque, como já se afirmou, estes se situam, axiologicamente, no cimo do subsistema constitucional –, sinalizando ao legislador ordinário a ponderação necessária quando da feitura de regras incriminadoras.

5.1. IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL CRIMINALIZADORA DE CONTEÚDO IMPEDITIVO

O ponto crucial do problema da imposição constitucional de conteúdo impeditivo é definir uma hierarquia de bens jurídicos para saber quais são os considerados pela Constituição de especialíssima relevância, a ponto de se impedir tanto ao legislador, como ao juiz, a descriminalização das ofensas mais expressivas a eles.

Já tivemos oportunidade de assinalar que o subsistema constitucional estrutura suas normas, hermeneuticamente, de forma escalonada, e que esta hierarquia é tomada axiologicamente. As normas que veiculam os valores jurídicos mais importantes ocupam posições privilegiadas na Constituição de 1988.

Já no Preâmbulo, parte que expressa os propósitos a que a Constituição deve servir, a Carta Constitucional brasileira tem como intento criar mecanismos de asseguração dos **direitos** sociais e **individuais**, da **liberdade**, da **segurança** e do **bem-estar**, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, como **valores supremos** de uma sociedade dita pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social.

O artigo 60, § 4º impede, mesmo, a proposta de emenda que tiver por fim abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os **direitos** e garantias chamados pela Constituição de **fundamentais**.

E os artigos 1º, III e 3º, IV, situados, topológica e estrategicamente, no início da Carta Federal, afirmam que a República tem como alicerce, vale dizer, justificativa, a **dignidade da pessoa humana** e como um dos objetivos fundamentais promover **o bem de todos**.

De todos estes comandos incisivos, fica fácil perceber, até porque perceberíamos sem eles, que uma vida digna e a liberdade “do ser e para o ser” são bens extremamente realçados pela Constituição em suas principais e mais elevadas disposições.

Por outro lado, também já sabemos que liberdade reportada, quando não a vida, hipótese muito pouco provável no nosso ordenamento, é o bem mais afetado pela intervenção penal estatal, isso para não falarmos de outros bens maltratados em razão das práticas ilegais costumeiras como maus tratos, torturas, violência moral etc.

Resulta da combinação destas duas últimas assertivas que tão apenas dois dos bens destacados no caput do artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam: vida e liberdade, em todas as suas dimensões, são os havidos como de especialíssima relevância, impedindo-se,

por isso, descriminalizações de condutas delitivas que os afetem gravemente. Registre-se, no entanto, que vida e liberdade significam, também, vida e liberdade da comunidade de seres humanos em convivência, vida e liberdade das gerações futuras e possibilidades fundamentais para a vida e a liberdade. E é na Constituição que encontraremos as conexões necessárias.

Destarte, sob a ordem constitucional existente, o legislador ordinário jamais poderá descriminalizar o homicídio doloso e mesmo o culposo. Nunca poderá proceder com a descriminalização do sequestro, ou da extorsão mediante sequestro, esta última, não obstante ser havida como delito contra o patrimônio, ofende a liberdade em um grau ainda maior que o próprio sequestro. O estupro configura delito contra a autonomia ou liberdade sexual, uma das mais caras liberdades do ser humano e, por isso, não poderá deixar de figurar como ilícito penal[3]. Nessa lógica, fica claro que não poderão ser descriminalizados pelo legislador ordinário, obviamente, o genocídio, as gravíssimas ofensas ao meio ambiente, as lesões mais graves à ordem tributária, ao patrimônio, às finanças e à administração pública, entre outras que tenham conexões imediatas e prevalecentes com a vida e a liberdade.

Na imposição em destaque, os significados válidos para definição do bem jurídico vida e liberdade são impostos pela Carta Constitucional, nada importando a classificação registrada pelo Código Penal que, como lei ordinária, submete-se à influência superior da Constituição, máxime em se tratando de normas substanciais por ela estabelecidas. O que foi assentado, de modo algum quer dizer que não haja relevância na criminalização de condutas que afetem outros bens. Por ocasião da análise dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, pudemos observar que outros bens gozam de dignidade constitucional, admitindo as criminalizações procedidas pelo legislador ordinário, desde que respeitados certos limites.

A própria Constituição, em relação a determinados bens jurídicos, prescreve uma série de indicações criminalizadoras, como veremos, a maioria ditada por força dos desdobramentos condicionados pelos bens vida e liberdade. Mas, tais cláusulas são expressas, pois, em havendo decorrência tácita dos significados referidos de vida e liberdade, teremos imposição de conteúdo impeditivo e não prescritivo. Isso é explicado pelo fato de que o constituinte, conhecedor da ordem penal existente em 1988, certamente entendeu que muitas das normas penais incriminadoras, então em voga, já regulamentavam suficientemente os valores mais relevantes, daí a necessidade de prescrição expressa para as condicionantes

[3] Nada obsta, por óbvio, a criação de um novo tipo para o estupro como fez a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, com a fusão do estupro com o atentado violento ao pudor. Por evidente, o atual tipo do artigo 213 do Código Penal mantém a proteção à liberdade sexual.

surgidas com a Constituição. Contudo, deve ficar registrado que, se o surgimento de uma nova lei criminalizadora pós Constituição regula melhor e com mais eficiência as dimensões dos bens vida e liberdade, também ela não poderá mais ser revogada nesse aspecto.

Os juízes, por sua vez, são obrigados a controlar as descriminalizações que não se adequarem ao postulado da imposição em tela, podendo fazê-lo tanto via controle difuso quanto concentrado. Ao Supremo Tribunal Federal é possível verificar se a norma editada, provocando anomalia na ordem jurídica, descriminaliza conduta que maltrate significantemente a vida e a liberdade nas dimensões mencionadas.

5.2. IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL CRIMINALIZADORA DE CONTEÚDO PRESCRITIVO: AS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

A Carta Constitucional de 1988 pautou, como imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo ao legislador ordinário, uma série de cláusulas que definem condutas ofensivas a bens jurídicos considerados, expressamente, relevantes. A imposição em espeque organiza estas cláusulas hierarquicamente, por considerações axiológicas, demonstrada até por sua situação topológica na Constituição. Há uma primazia para as definidas nos incisos do artigo 5º, pois inseridas como garantias individuais e coletivas, normas pétreas, portanto, não podendo ser suprimidas via reforma. Em segundo lugar, temos a prevista no artigo 7º, que, embora considerada pétrea, sobre o que não há concordância em face da literalidade do disposto no § 4º, IV, do art. 60, escalona-se logo abaixo dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Por último, aparecem aquelas espraiadas pelo restante do texto constitucional, de menor importância, pois que podem ser revogadas, como ocorreu com a cláusula que determinava a criminalização da cobrança de juros acima de doze por cento (12%) ao ano, por força da Emenda Constitucional n. 40/2003.

As primeiras, fixadas no artigo 5º, tanto determinam criminalizações, quanto recrudescimento no tratamento penal. A cláusula do inciso XLI, de conteúdo genérico, estabelece a necessidade de punição para qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, firmando a dignidade penal destes direitos e, com isso, a possibilidade para incriminação, e anunciando as regulamentações que serão procedidas em sequência. Os incisos XLII, XLIII e XLIV reveem a criminalização do racismo[4], da tortura[5] e

[4] O racismo somente foi tratado como crime, entre nós, com a edição da Lei n. 7.716, de 15 de janeiro de 1989, posterior, portanto, à Carta Constitucional. A Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, modificou dois dos seus

da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático[6], respectivamente. Determinam, ademais, a inafiançabilidade e o atributo da imprescritibilidade para o primeiro e último crime especificados, estabelecendo a inafiançabilidade e a proibição de graça e anistia para o segundo delito, estendendo tais efeitos aos crimes que a lei ordinária considerar hediondos (Lei n. 8.072/90), o tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 11.343/06) e o "terrorismo" (ver arts. 15 e 20 da Lei n. 7.170/83), determinando ainda que as pessoas que se omitirem, quando podiam evitar o cometimento destes delitos, responderão por eles. Obviamente que este último caso, previsto no inciso XLIII, só pode ser entendido com o influxo do princípio da culpabilidade.

A segunda cláusula, estabelecida no artigo 7º, item X, da Carta Constitucional, que trata da retenção dolosa de salário, ainda não foi regulamentada, não obstante a Lei n. 10.741/2003 ter criado a figura típica de apropriação indébita de proventos, pensão ou qualquer rendimento dos idosos, olvidando, no entanto, como o fez a legislação que estatuiu o crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) em 2000, de tipificar, objetivamente, e estabelecer sanções para o caso em comento. Há aqui, induvidosamente, uma inconstitucionalidade por omissão, cabendo, por isso, Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para sanar o problema. Não é possível a aplicação imediata do dispositivo, como não é possível a aplicação imediata de nenhum mandamento de criminalização, em razão de se tratar de matéria restritiva aos direitos fundamentais e, por isso, na seara penal, carecer das irradiações dos princípios constitucionais penais que darão sentido à regulamentação procedida pelo legislador ordinário.

As últimas cláusulas sinalizam para a obrigação de criminalizar os atos que importem em improbidade administrativa (CF, art. 37, § 4º), em abuso do poder econômico (CF, art. 173, § 5º), em ofensas ambientais (CF, art. 225, § 3º) e, finalmente, em abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art. 227, § 4º). Por óbvio que tais determinações não escapam dos influxos dos princípios constitucionais penais, somente sendo possível criminalizações que estejam adequadas aos parâmetros acima fixados.

---

dispositivos, introduzindo importantes modificações. Antes da Constituição de 1988, o racismo, entrementes já foi previsto como contravenção penal pelas prescrições da Lei 1.390/51.

[5] A tortura só foi criminalizada no Brasil após o advento da Constituição. A Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997, estabeleceu os tipos objetivos deste delito, antes o que tínhamos era a possibilidade de criminalização pelas lesões corporais, maus tratos ou mesmo homicídio.

[6] A ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático tem previsão em alguns dos tipos definidos na Lei n. 7.170/83 (Segurança Nacional), a qual merece crítica por sua preocupação mais acentuada com a manutenção do poder do príncipe – a lei foi produzida nos anos derradeiros da ditadura – e não, necessariamente, com a ordem constitucional e o Estado democrático.

Muitos dos atos de improbidade administrativa já são considerados criminosos. Os atuais artigos 359ª usque 359H do Código Penal e o antigo Decreto-lei n.201/67 definem uma série de crimes pertinentes a atos de improbidade. O abuso do poder econômico, também aparece como delito em dispositivos previstos, por exemplo, na Lei n.8.176/91 e Lei n. 9.613/98. As ofensas ambientais foram criminalizadas com ênfase, não obstante os flagrantes tipos inconstitucionais, como já observado supra, através da Lei n. 9.605/98. Por último, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90 e a própria lei dos crimes hediondos, Lei 8.072/90, fixaram regras mais duras contra as ofensas mais graves a crianças e a adolescentes.

CONCLUSÃO

A intervenção penal do Estado faz-se necessária ora como instrumento, entre outros, destinado à salvaguarda dos bens de especialíssima relevância ao próprio indivíduo, ora como um dos recursos voltados a assegurar os valores mais significativos para a coexistência. Nesse passo, é, mais uma vez, a Constituição que, através de imposições de conteúdo impeditivo e prescritivo, tanto restringe os processos de descriminalização, como recrudesce o tratamento penal ou/e determina criminalizações, neste último caso, dependendo de regulamentação por lei ordinária, pois trata-se de matéria restritiva a direitos fundamentais e carece da necessidade de mediação com os princípios constitucionais penais.

Os princípios constitucionais penais, como já dito, são uma exigência da racionalização imposta pela Carta Federal. São limites que estreitam as formulações legislativas, visto que há balizas aos crimes e penas que podem ser criados, bem como a atuação judicial, de diversas formas, a exemplo da aplicação da lei ordinária, da teoria do crime, da análise da prova colhida e da aplicação da pena. Dito de outra maneira, os princípios constitucionais penais são parte dos influxos que o sistema constitucional, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de maneira implícita ou expressa, envia ao sistema penal, visto que atuam como diretrizes a serem obedecidas tanto pelos intérpretes políticos como pelos intérpretes jurídicos da Constituição.

Firme-se que é indiferente, neste ponto, para o Direito Penal a discussão acerca da distinção entre regras e princípios, bem como o eventual enquadramento dos denominados princípios constitucionais penais numa ou noutra categoria. Isso decorre do fato de que, como já mencionado anteriormente, o uso do vocábulo princípio, aqui, tem a finalidade de denotar o

fato de que tais normas possuem esteio constitucional e são dotadas de alto grau de fundamentalidade.

Firmada essa premissa, são princípios constitucionais penais implícitos a intervenção mínima e a ofensividade, e são expressos a culpabilidade, a humanidade e a legalidade penal. Esses princípios têm força normativa, e têm vinculação constitucional. Todos esses princípios tiram seus fundamentos do Estado Liberal, consagrado pela consolidação da ideia de que o Estado deveria sofrer limitações em seus poderes, a fim de que fossem garantidos os direitos de liberdade dos indivíduos. Isso justamente porque os princípios constitucionais penais são limites verticais, que balizam o poder estatal, quando este exerce sua soberania.

Ambos os princípios constitucionais penais implícitos vêm informar ao legislador acerca dos bens jurídicos dignos de proteção penal e também sobre a gravidade da ofensa a tais bens, para que possa haver sua criminalização, justamente porque são imposição constitucional de conteúdo, sedimentados na própria Carta Maior. Dirigem-se também ao julgador, a fim de que este proceda ao controle das leis postas, que, embora tenham constitucionalidade presumida, devem ser objeto de uma interpretação que tenha por escopo a redução, quando possível, da criminalização como processo dogmático, como atualmente se verifica com o uso cada vez mais recorrente do princípio da insignificância.

Tal qual os princípios implícitos, também os expressos constituem imposição que faz a Constituição Federal ao Direito Penal. Desta feita, contudo, esta imposição não é de conteúdo, mas sim uma imposição restritiva, que fixa limites tanto para a elaboração da norma criminalizadora, quanto para a condenação, prescrição e aplicação da pena pelo julgador.

Todos esses, princípios implícitos e expressos, são decorrentes do Estado Liberal, fundados na dignidade da pessoa humana, e são ainda estreitamento da exigência de racionalidade da proporcionalidade. Essa ideia de proporcionalidade adveio da limitação do poder estatal, que remonta ao século XVIII, e constitui um instrumento que o sistema constitucional fornece a fim de aferir se as finalidades alcançadas pelos meios justificam o emprego destes.

A máxima ou princípio da proporcionalidade consiste em aferir se um determinado meio é apto, apropriado à consecução da finalidade, baseada no interesse público, em verifica, seguidamente, se tal meio é necessário, observando se este não extrapola os limites imprescindíveis a alcance do fim desejado, e, então, a averiguação da proporcionalidade em sentido estrito. A exigência da proporcionalidade pode ser vista com muito mais clareza

quando se observa, ao lado dos princípios constitucionais penais, os mandamentos constitucionais de criminalização, frutos, de seu turno, do Estado Social.

Na transição do Estado Liberal para o Estado Social, os direitos fundamentais deixam de ser apenas limites ao poder estatal, e passam a funcionar também como direitos a serem cumpridos pelo Estado. É nessa mudança de pensamento que, ao lado dos princípios constitucionais penais, surgem os mandamentos constitucionais de criminalização, traduzindo um Estado que usa o Direito Penal como uma forma de cumprir direitos fundamentais, das vítimas, de maneira horizontal.

Os mandamentos funcionam de maneira quase que oposta à dos princípios, visto que, ao passo que estes objetivam balizar o processo de criminalização pelo legislador e a aplicação das normas pelo juiz, aqueles encartam imperativos constitucionais que situam o Direito Penal na posição instrumento mor de proteção dos valores mais relevantes ao ordenamento jurídico. Desse modo, os mandamentos constitucionais de criminalização são verdadeira determinação constitucional de conteúdo que, de um lado, impõem a criminalização ou o recrudescimento no tratamento de certas condutas, através das imposições criminalizadores de conteúdo prescritivo, e, de outro, proíbem a descriminalização de determinados atos, por meio das imposições criminalizadoras de conteúdo impeditivo.

Quanto a estes últimos, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 confere notável proteção à vida e à liberdade, de modo a impedir a descriminalização de condutas que atentem contra estas, a exemplo do homicídio, do sequestro, do estupro e do genocídio. No que tange às cláusulas de conteúdo prescritivo, estas encontram-se espalhadas pela Constituição, desde aquela de conteúdo genérico, constante do inciso XLI do art. 5º, até a do § 4º do art. 227, que determina a criminalização dos abusos, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes.

É possível concluir que, colocando-se em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, deve-se ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzione del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliese e outros. São Paulo: Ícone, 1995.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Torinese, 1977.

CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1, 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1984.

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

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

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

HEISEMBERG, Werner. Der Teil und das Ganze, apud CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Trad. Newton R. Eichemberg.São Paulo: Cultrix, 2001.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HUNGRIA, Nélson. **Novas questões jurídico-penais.** Rio de Janeiro: Nacional de direito, 1945.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. 4 ed. corr. y ampl. Granada: Comares, 1993.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

NUVOLONE, Pietro. La problematica penale della constituzione. **Aspetti e tendenze Del diritto constituzonale:scritti in onore di Constantino Mortati**. Milano: Giuffrè, s/d.

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do Direito Penal**. Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1981.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gerson dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996.