

CRÍTICA À TEORIA DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão?

Raquel Lima Scalcon¹

Resumo: A teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização tem crescido em importância na doutrina e na jurisprudência constitucional do Brasil. Desse modo, incontestemente a urgência do estudo de sua estrutura básica, composta: pela teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy, pela teoria constitucional do bem jurídico-penal e ainda pelo “princípio” da proibição de proteção deficiente de Claus-Wilhelm Canaris. Após, necessário verificar a consistência de suas premissas em relação à conclusão, qual seja, a limitação da discricionariedade do legislador ordinário penal. Em determinados casos, inclusive, a redução da sua liberdade de configuração seria tal, que apenas a utilização do Direito Penal na tutela dos direitos fundamentais tornaria a opção legislativa constitucionalmente legítima.

Palavras-chave: Constitucional. Direitos Fundamentais. Direito Penal. Liberdade do Legislador. Juízo de Proporcionalidade.

Introdução²

“Mandado constitucional implícito de criminalização” é um conceito jurídico usado frequentemente para justificar - e ordenar - a criminalização de condutas, especificamente aquelas que ameacem ou lesem direitos fundamentais. Se ausente a tipificação da conduta como crime, argumenta-se que estará o Poder Público – precisamente, o Poder Legislativo – a incorrer em violação ao dever de proteção *eficiente* de direitos fundamentais e/ou de bens jurídicos constitucionais, omissão essa que estaria viciada pela inconstitucionalidade material³.

A palavra “mandado” será, nesse estudo, definida estipulativamente⁴, como caracterizadora de um discurso jurídico prescritivo – ou seja, como enunciado deôntico⁵ componente do ordenamento jurídico, o que enseja a sua qualificação como *norma jurídica* -, que não visa, portanto, a descrever - a expressar informação ou conhecimento -, mas sim a modificar, influenciar e dirigir o comportamento. Por sua vez, aquele cujo comportamento

¹ Estudante de graduação do 9º semestre da Faculdade de Direito da UFRGS. Técnico Judiciário do TRF da 4ª Região desde agosto de 2007, onde exerce a função de assistente adjunto no gabinete do Desembargador Federal Luis Alberto D’Azevedo Aurvalle.

² Importante registrar que este artigo é construído a partir de conclusões parciais da Monografia de Conclusão de Curso, ainda inacabada, e sob orientação do Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo, a quem se agradece desde já.

³ Utiliza-se a expressão inconstitucionalidade material, no caso, como oposta à inconstitucionalidade formal, entendendo-se aquela como *desconformidade* à constituição, ou seja, como vício do *conteúdo* do ato/omissão, tratando-se de efetivo limite substancial à atividade normativa do poder político, e esta, como mera questão de *incompatibilidade* com a constituição, leitura, portanto, eminentemente mais atrelada à forma, ou ao procedimento legislativo.

⁴ Portanto, como proposta de utilização do vocábulo com um sentido determinado, com preferência sobre outros. Adianta-se que, da mesma forma, se procederá quanto aos vocábulos “constitucional”, “implícito” e “criminalização”, a fim de explicar o significado ora conferido ao conceito jurídico “mandado constitucional implícito de criminalização”, que é o elemento central do presente estudo.

⁵ Conforme Alexy, os enunciados deônticos, independentemente de serem jurídicos ou não, podem ser classificados em *mandados*, *proibições* e *permissões*. In: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.37.

será conformado é, especificamente no caso dos mandados de *criminalização*, o Poder Legislativo. Por fim, a determinação denominada de “mandado”, a qual ora se analisa, é uma norma jurídica que qualifica uma ação como obrigatória.⁶

Já o vocábulo “constitucional” adjetiva o mandado quanto à sua fonte no ordenamento jurídico, ou seja, de qual Poder emana a obrigação da ação. Trata-se, pois, de norma criada pelo Poder Constituinte, a qual é fundante da própria ordem jurídica, não apenas por ocupar a hierarquia máxima dentre as normas jurídicas que compõe o ordenamento, porém também porquanto indisponível aos Poderes Constituídos. Essa característica é nevrálgica para a compreensão da eficácia de tais mandados como determinações heterônomas⁷ - e vinculantes - perante o Poder Legislativo, o qual tem o dever de compatibilizar e de conformar o exercício da função legislativa com os limites e as determinações decorrentes das normas constitucionais, sob pena de viciá-lo pela inconstitucionalidade.

Ressalta-se, contudo, que a característica da indisponibilidade perante o Poder Legislativo pertence, de forma mais clara, apenas às Constituições rígidas, que são aquelas cujo processo de reforma constitucional é agravado – com mais requisitos e empecilhos – em relação ao processo legislativo propriamente dito, devendo a Constituição ocupar o topo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico. Salienta-se, no entanto, que, em certos casos, a própria Constituição transfere ao legislador ordinário a competência para a qualificação do interesse público - com liberdade de conformação -, não estando, pois, submetido a mandados ou proibições, como, por exemplo, na hipótese de cláusula de restrição indiretamente constitucional, como é o caso do art. 5º, inc. XIII, do art. 5º, inc. XV e do art. 5º, inc. LVIII, todos integrantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por sua vez, a ação que o mandado qualifica como obrigatória é a *criminalização* de uma conduta, o que acarreta conseqüências muito particulares com relação à vinculação do Poder Legislativo, visto que a dependência da efetivação da obrigação perante tal poder é imensa. Isso porque, diversamente do problema que decorre das normas constitucionais que reconhecem uma série de direitos a prestações (fáticas ou jurídicas) do Estado sem estrutura de regra estrita, aos quais, ainda é juridicamente possível conferir eficácia diretamente da constituição, assim não ocorre em relação às normas constitucionais que determinam a criminalização de uma conduta. Isso se explica a partir da compreensão de que não existem criminalizações originárias de uma constituição, porque obrigatória a *interpositio legislatoris*.

Tal diferença existe porque, em se tratando de norma incriminadora, o sistema jurídico é regido pelas regras consubstanciadas nas garantias fundamentais do *nullum crimen sine lege praevia* e do *nulla poena sine lege praevia*, reconhecidas no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por conseguinte, a própria norma constitucional transfere ao legislador ordinário a competência de expedir norma tipificadora, competência essa de que as normas da constituição carecem, sendo inconstitucional qualquer interpretação de uma criminalização “originária” a partir da

⁶ Os conceitos de mandado como norma que qualifica um comportamento como obrigatório, e de proibição como norma que qualifica uma omissão como obrigatória podem ser vistos em GUASTINI, Riccardo, Norma: una noción controvertida. In: GUASTINI, Riccardo. **Distinguindo. Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Gedisa editorial: Barcelona, 1999. p. 96.

⁷ O conceito de determinantes heterônomas como elementos, fatores ou decisões que se impõem externa e de forma substantiva e material às autoridades, no caso, ao Poder Legislativo, encontra-se magistralmente explorado em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 2.ed. p.247.



Constituição. Isso não significa, é verdade, que ela não possa antecipar-se e reconhecer determinadas condutas como crime (como faz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos art. 5º, inciso XLI, art. 5º, inc. XLIII e XLIV, dentre outros), mas sim que o delito somente restará configurado em havendo norma ordinária tipificando-o. Assim, tais determinações da Constituição apenas podem ser compreendidas como meros mandados constitucionais explícitos de criminalização, dirigidos ao legislador ordinário, mas de modo algum como tipos penais propriamente ditos.

Por fim, quanto ao vocábulo “implícito” que adjetiva o mandato constitucional de criminalização, está-se a utilizá-lo a fim de diferenciar o objeto analisado nesse estudo dos mandados constitucionais *expressos* de criminalização, que estão, frise-se desde já, alheios ao objeto da investigação. Enquanto estes foram expressamente positivados no texto constitucional, ou seja, pertencem, por inequívoca determinação, à Constituição Penal Dirigente *formal*, aqueles pertenceriam apenas à Constituição Penal Dirigente *material*.

Tais mandados implícitos decorreriam, em síntese introdutória, de duas premissas básicas: (a) a de que os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão, exigindo não apenas uma atuação negativa, mas também uma atuação positiva do Estado, o qual teria dever de protegê-los de agressões de terceiros, o que poderia ser realizado através de normas penais e (b) a de que essa proteção exigida do Estado não pode ser ineficiente, mas, muito ao contrário, a atuação Estatal estaria vinculada ao princípio da proibição da proteção deficiente, o que tornaria, muitas vezes, não apenas *possível*, mas *obrigatória* a realização da proteção *unicamente* por meio de normas incriminadoras⁸. Desse modo, restariam configurados os mandados constitucionais *implícitos* de criminalização.

I - Antecedentes dos mandados implícitos de criminalização

Foi a partir do surgimento, na incipiente década de 60, da notável obra de Peter Lerche, a qual denominara de *Habilitationschrift – Übermass und Verfassungsrecht* (LERCHE, 1961) – que a doutrina constitucionalista deparou com um novo e complexo paradigma, que rompia – ou possibilitava romper, dada a inegável resistência com que o respectivo tema ainda é analisado – com uma estrutura sólida da relação entre Poderes Constituídos e, da mesma forma, entre esses e a Constituição. Estava-se a questionar se o Poder Legislativo continuava, afinal, a ser um poder livre nos fins, ou se, pelo contrário, diante do estágio do Estado Social e Democrático de Direito, seria possível – e adequado – o desenvolvimento de uma doutrina “dos limites da liberdade de conformação ou, até, de uma doutrina da discricionariedade legislativa” (CANOTILHO, 2001, p. XII).

Tratava-se de Cartas emancipatórias, analíticas, programáticas ou, na expressão cunhada por Canotilho, *dirigentes*: buscava-se, pois, conformar a realidade fática – quase um “refazer o mundo” - por meio das normas constitucionais, as quais, além de terem eficácia imediata, vinculavam o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário de maneira antes nunca experimentada na Ciência e na Prática Jurídica. Rejeitava-se o mundo em que se vivia: era preciso mudá-lo, torná-lo mais igualitário, justo e humano, não apenas elevando os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, mas também ordenando, constitucionalmente, a sua realização e, da mesma forma, elegendo, *a priori*, com a competência do Poder Constituinte, políticas públicas, as quais restariam determinadas nas normas da Constituição (como a criação do Sistema Único de Saúde, consubstanciado na determinação do art. 198 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

⁸ Sobre o tema, ver estudo realizado por CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, 2ª tiragem. *passim*.



Quanto às conseqüências do novo paradigma Constitucional no Direito Penal, observou-se, em Constituições e inclusive em Tratados Internacionais sobre Direito Humanos, uma curiosa contradição: a coexistência – de forma inédita – de normas garantidoras de direitos e normas de cunho autoritário⁹. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou no cenário brasileiro essa experiência: ainda que tenha, inegavelmente, fixado limites ao poder repressivo do Estado, não deixou de apresentar normas que formavam um sistema constitucional *criminalizador*, pois essas determinavam que certas condutas fossem obrigatoriamente criminalizadas pelo legislador penal ordinário.

A passagem do sistema constitucional criminalizador - ou dos mandados *expressos* de criminalização - para os mandados *implícitos* de criminalização foi *veloz*, haja vista a tendência de expansão do Direito Penal¹⁰, a qual é de clara e inegável verificação em diversos países da *Civil Law*, realidade da qual não se afasta o Brasil. E assim ocorreu. Na Alemanha, país precursor de tal construção dogmática (com origem jurisprudencial), a decisão paradigmática foi a “Schwangerschaftsabbruch I” (ALEMANHA, 2005, 266 p.ss.), do Tribunal Constitucional Alemão, em 25-02-1975. Nela, julgou-se inconstitucional o § 218a, introduzido ao Código Penal Alemão pela 5ª Lei de Reforma do Direito Penal de 1974 (5. *StrRG*), o qual criava uma dirimente especial¹¹ no aborto, sempre que realizado por um médico, com a concordância da grávida e desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção. Se assim configurado, estaria excluída a antijuridicidade da conduta dos eventuais agentes.

Quando questionada a constitucionalidade da “Solução de Prazo” (a denominação faz menção ao período de 12 semanas a partir da gravidez em que seria lícito abortar) por 193 membros da Câmara Federal e por certos governos estaduais, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BverfG*) passou à sua análise, sustentando, de forma inaugural, a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização¹². Isso restou muito claro no argumento de que “em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador ordinário é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal”, (ALEMANHA, 2005, 271) a fim de proteger e garantir a vida em desenvolvimento.

1.1. As primeiras manifestações jurisprudenciais e doutrinárias brasileiras sobre a Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização

No Brasil, foi a doutrina constitucionalista-penal, anteriormente a qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal, quem encampou a teoria alemã acerca dos

⁹ Um bom exemplo é o Estatuto de Roma – aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002 e promulgado internamente através do Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 – o qual, conquanto se trate de ordenamento cuja finalidade seja tutelar os Direitos Humanos, estabelece, em seu art. 77, 1, alínea *b*, entre as penalidades aplicáveis aos crimes sujeitos ao Tribunal Penal Internacional a “*pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem*”, o que é, inegavelmente, uma grave contradição.

¹⁰ Como, por exemplo, a ampliação dos poderes investigatórios da polícia, a redução das garantias, a “aceleração” e “antecipação” dos tipos penais, com um Direito Penal de “diferentes velocidades”, bem como o aumento das penas e, ainda, as tentativas de redução da maioria penal.

¹¹ Esta dirimente ficou conhecida como “Solução de Prazo” (*Fristenlösung*) in SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, op. cit., pág. 267.

¹² Salienta-se, contudo, que tal expressão, especificamente, não fora cunhada naquele julgamento, mas apenas a expressão “obrigação constitucional de sancionar penalmente”, a qual, como se depreende da leitura da decisão, foi utilizada em referência ao mesmo conceito e ao mesmo objeto que aquela.



Mandados Constitucionais de Criminalização. Inclusive, sua defesa realizou-se, pela primeira vez, por Ingo Wolfgang Sarlet, quando da apresentação ao Congresso Internacional do IBCCRIM de 2003, cujo conteúdo foi posteriormente adaptado ao artigo “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”¹³. Posteriormente, outros juristas passaram a defender tal teoria em suas obras, especificamente Douglas Fischer (FISCHER, 2006), Luciano Feldens¹⁴ e Lênio Luiz Streck¹⁵. Não se pode deixar de frisar que, embora não sejam tais juristas, atualmente, os únicos no Brasil a defenderem tal teoria ou sobre ela escreverem, foram eles, sem dúvida, os pioneiros no seu estudo (enquanto teoria de origem Alemã) e na sua adaptação ao Direito brasileiro.

Já o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, pela primeira vez, acerca do tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS¹⁶. Discutia-se, em apertada síntese, se a negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento, para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos “crimes contra os costumes”, consubstanciada no art. 107, VII do CP¹⁷, ocasionava uma violação ao art. 226, § 3º, da CRFB de 1988. Este, por sua vez, determinava que o Estado brasileiro deveria proteger, de modo especial, a família, e que, para efeitos de tal proteção, a união estável era reconhecida como entidade familiar da mesma forma que o casamento. O acórdão, por maioria, negou provimento ao Recurso

¹³ Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, vol. 12, e também na Revista Brasileira de Ciências Criminais (Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, mar-abr. 2004, págs. 60-122) e, em versão alterada, na Revista da Faculdade de Direito de Coimbra (Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 81, p. 325-85). Posteriormente, o autor apresentou algumas limitações às propostas antes defendidas, consoante se depreende da leitura de SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e proporcionalidade**. Notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

¹⁴ Especialmente em FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, bem como em FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e, ainda, em FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de Direitos Humanos. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

¹⁵ Inicialmente e especialmente em STRECK, Lênio Luiz. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004, págs. 243-84. Ressalta-se, contudo, que o autor já reviu, em artigos posteriores, determinadas posições então apresentadas, principalmente quanto ao Princípio da Proporcionalidade (como em STRECK, Lênio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 15 out. 2008. Ainda, importante a análise de um de seus mais recentes artigos acerca do tema: STRECK, Lênio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?** Disponível em : <http://http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 10 jan. 2009.

¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1="proibição%20de%20proteção%20deficiente"&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)> Acesso em 11 dez. 2008.

¹⁷ Art. 107, *caput* – “Extingue-se a punibilidade”; inc. VII – “pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos 1, 2 e 3 do Título VI da Parte Especial deste Código”.



Extraordinário, afastando o reconhecimento da união estável, bem como ressaltando que, inclusive, tal hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei n. 11.106/2005.

Ao mesmo tempo, o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista cujo argumento principal estruturava-se – de forma até então inédita na Corte – na proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais. Assim, sustentou inicialmente que era preciso indagar, afinal, qual seria o bem jurídico tutelado pela norma constitucional em tela, tendo defendido tratar-se da instituição da família. Prosseguindo na tese, aduziu que, no caso,¹⁸ o reconhecimento de união estável e, por conseguinte, de incidência de hipótese normativa do Código Penal que ensejaria a extinção da punibilidade do agente, permitiria blindar, através de norma penal benéfica, uma situação de fato repugnada pela sociedade, “caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”.¹⁹ Após, referiu que a doutrina já vinha apontando para a existência de uma espécie de garantismo positivo, como outra face da proporcionalidade, de forma que a proibição de proteção deficiente era muito importante na aplicação dos direitos fundamentais *de proteção*, especificamente naqueles casos em que “o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”.²⁰

1.2. Uma dúvida incessante

A partir do exposto, já é possível a formulação dos primeiros questionamentos acerca da teoria sob análise. Pode-se afirmar, inclusive, que dentre as dúvidas surgidas, a mais importante seja a seguinte: a teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, a partir da interpretação de normas constitucionais declaratórias de Direitos e Garantias Fundamentais, é consistente e suficientemente justificada pela doutrina “constitucionalista-penal” brasileira que a sustenta? Ou ainda, consoante a metáfora do título deste artigo, ela legitima tamanha limitação da liberdade de conformação do legislador penal?

A importância da resposta é imensa, uma vez que o seu objeto está incluído naquilo que se convencionou denominar de crise de modernização do Direito Penal (SILVA SANCHES, 2000. P. XI), entendida como a conjuntura do Direito Penal – no mundo ocidental por inteiro – nas duas últimas décadas, caracterizada por alterações estruturais em tal ramo do Direito que, de tão profundas, acabaram por comprometer sua própria identidade – até o presente momento, eminentemente liberal. Tais mudanças decorrem da momentânea prevalência de uma *afirmada* – mas não demonstrada – necessidade de expansão da atuação penal em relação àquele Direito Penal pautado pela forte *limitação* da utilização do *ius puniendi*, prevalência essa que é conseqüência, sem dúvida, da tentativa de afrontar com êxito uma criminalidade que recrudescer quantitativa e qualitativamente.

¹⁸ Estas as peculiaridades do caso: tratava-se de estupro cometido pelo tutor da vítima, a qual, desde os 9 anos de idade, era abusada sexualmente pelo autor, tendo dele engravidado aos 12 e, após, segundo afirmado no Recurso Extraordinário em tela, mantido com ele união de fato.

¹⁹ Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 688. In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1="proibição%20de%20proteção%20deficiente"&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)> Acesso em 11 dez. 2008.

²⁰ Idem, ibidem.



Seria, afinal, o Direito Penal, tal como construído sob o paradigma liberal, “insustentável, por sua inadaptação ao atual estado de desenvolvimento sócio-econômico; insustentável, por seu idealismo ingênuo; insustentável, por seu arcaísmo, seu formalismo, sua lentidão, suas irritantes limitações práticas” [trad. livre] (SILVA SANCHES, 2000, p. XII)? Essa é uma importante questão, pois a aceitação da consistência jurídica e filosófica da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização significará o acolhimento de mudanças ainda mais profundas, especialmente na política criminal, diante de criminalizações pré-determinadas por uma Constituição penal dirigente, com relação às quais caberia ao legislador ordinário apenas acatar, realizando-as de forma eficiente. Portanto, necessário questionar se seria, afinal, essa a interpretação mais adequada e que promove com mais justiça a realização dos Direitos e Garantias Fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A resposta à questão, ou seja, a aceitação - ou não - de tal teoria, significa, sem dúvida, ter de escolher, previamente, entre *romper* ou *manter* com um Direito Penal até então estruturado com base em uma ética liberal.

II - Estruturas inconsistentes?

II.1. Os três alicerces da teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização

A teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização, tal como idealizada pela doutrina penalista brasileira, está estruturada em três premissas fundamentais: 1^a) um conceito de direito fundamental construído a partir da Teoria de Direito de Robert Alexy; 2^a) uma relação entre Constituição e Direito Penal com base na qual é inconteste a necessidade de fundamentar na Constituição a formulação de normas penais incriminadoras, considerando como elenco previamente erigido a bem jurídico-penal os constantes no texto constitucional²¹ e 3^a) um Estado com deveres *positivos* de conduta, dentre eles e em especial, o dever de proteção dos Direitos Fundamentais, cuja realização está vinculada à proibição de um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção.²² Nesse ponto, a influência de Claus-Wilhelm Canaris²³ é fundamental.

Dada a brevidade da exposição, este trabalho limitar-se-á a tecer pequenas explicações dos pontos para a compreensão da crítica a seguir. Iniciando-se pelos conceitos fundamentais que a teoria sob análise buscou em Alexy, tem-se que o de maior relevância para os fins deste estudo é o entendimento segundo o qual direitos fundamentais são princípios (e, portanto, apresentam as suas características). Desse modo, poderiam ser concebidos como: 1^o) normas jurídicas; 2^o) graduáveis; 3^o) que determinam ao aplicador e ao intérprete a sua otimização; 4^o) que constroem um dever ser ideal e 5^o) que apresentam caráter *prima facie*.²⁴ Dessas, destaque merecem as características da gradualidade (possibilidade de uma maior ou menor satisfação do princípio/direito fundamental, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas) e a do dever ser ideal (*Ideales Sollen* (FIGUEROA, 1998, p. 192), *ou seja*, aquele dever ser que “não pressupõe que o devido seja

²¹ Em outras palavras, que as normas constitucionais atuam como limite negativo e, principalmente, positivo do direito penal, ditando deveres de incriminação de condutas, bem como a expansão da tutela penal. Da mesma forma, os bens jurídico-penais seriam os próprios bens jurídicos constitucionais, construindo-se uma relação de fortíssima identificação e reflexo, a qual poderia ser metaforicamente sintetizada idéia da colocação dos bens constitucionais em frente a um espelho, cuja imagem refletida seria a de bens jurídico-penais.

²² Ou vinculada ao conhecido Princípio da Proibição de Proteção Deficiente e/ou Princípio da Proibição da Insuficiência (*untermassverbot*).

²³ Especialmente em CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**, op. cit., p. 101-28.

²⁴ Quanto às últimas quatro características, ver a obra de FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Princípios y positivismo jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. P. 186 ss.



possível jurídica e faticamente em sua totalidade, mas que exige na maior medida possível o cumprimento aproximado”) (ALEXY, 2007, p. 194).

Quanto à teoria constitucional do bem jurídico, a sua aceitação pela doutrina penal decorreu, em grande medida, da necessidade de construir um conceito material de crime – e, portanto, material de bem jurídico-penal – que tivesse por pressuposto uma teoria tanto externa ao Sistema Penal, quanto interna ao Sistema Social. Isso significaria, pois, não apenas limitar o legislador, mas também tornar mais concreto o conceito próprio de conduta merecedora de sanção penal (porque a abstração acabaria por aumentar o poder do legislador, pela dificuldade de critérios de controle). Refere Figueiredo Dias que o alcance da concretude somente foi viável a partir da sua relação de referência com a Constituição, ou seja “[...] quando se pensa que os bens jurídicos do sistema social se transformaram e se concretizaram em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional” (DIAS, 2001. p. 47). E prosseguiu o penalista português:

[...] bem jurídico político-criminalmente tutelado existe ali – e só ali – onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência. (DIAS, 2001. p. 47-8)

Por conseguinte, essa teoria veio a realizar a árdua tarefa de limitar externamente o Direito Penal, o que cumpre, tendo em vista o dever de conformidade material e formal do legislador penal com a Constituição (ao menos, em se tratando de Constituições rígidas²⁵). Da mesma forma, possibilitou uma maior concretude – e, portanto, um maior controle do legislador penal – do que pode, ou não, ser considerado bem jurídico-penal, isto é, do que é merecedor de tutela penal, a partir da noção de que a Constituição positivou os valores supremos ou fundamentais de uma dada sociedade²⁶.

Por fim, no que tange ao que se denominou “Princípio” da Proibição de Proteção Deficiente, os doutrinadores previamente elencados sustentam a teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, em grande medida, nas lições de Claus-Wilhelm Canaris. Trata-se da idéia baseada na distinção das “funções” dos direitos fundamentais como *direitos de defesa* e *imperativos de tutela* contra terceiros (também denominados deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado). Quando do cumprimento de tais deveres, realizar-se-ia um controle de constitucionalidade a partir do que se nomeou de “proibição da insuficiência” (*Untermassverbot*). Esse controle afirmaria o descumprimento ao imperativo de tutela “sempre que detectado um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção de um dos direitos fundamentais na relação jurídica em causa” (SARLET; MOTA PINTO In: CANARIS, 2006, p. 10). Inclusive, Canaris

²⁵ Constituições rígidas, ou seja, àquelas cujo processo de reforma constitucional é agravado – com mais requisitos e empecilhos – em relação ao processo legislativo propriamente dito, devendo a Constituição ocupar o topo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico.

²⁶ Alheia a este trabalho é a discussão sobre a existência, ou não, de uma ordem de valores na Constituição. É bem verdade que a conclusão de tal discussão influencia a teoria dos bens jurídicos constitucionais, embora não pareça ser decisiva para a sua existência, pois para tanto basta que se concorde que a Constituição positivou valores, mas não necessariamente que a Constituição positivou valores vigentes em uma dada sociedade em *ordem hierárquica*.



defende que tais juízos são subsequentes, sendo que primeiro se questionaria a *existência* do dever de proteção e, somente depois, verificar-se-ia a eficiente satisfação, pelo direito ordinário, do dever de proteção (CANARIS, 2006, p. 123)²⁷ Dito isso, ressalta-se que, para os fins da análise da presente teoria, resta pressuposto que ela corretamente verifica a existência dos imperativos de tutela, de modo que apenas se criticará eventuais equívocos posteriores a tal análise.

II.2. Alguns equívocos no juízo de proporcionalidade

A partir da análise dos conceitos que compõem a Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, torna-se possível e devido realizar o caminho inverso: verificar como se chegou a essa síntese. Primeiramente, os direitos fundamentais decorrentes da Constituição brasileira, por serem entendidos (pela mencionada teoria) como princípios, podem ser concretizados em vários graus (característica da gradualidade dos princípios). A sua realização, ademais, não dependeria tão somente da omissão estatal, mas também da atuação do Estado enquanto garantidor da fruição de tais direitos: tratar-se-iam dos deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado contra agressões de terceiros, os quais devem ser realizados de forma eficiente pelo Estado (Proibição de proteção deficiente). Acrescenta-se a essas premissas a idéia de que o Direito Penal somente se legitima quando tutela bens jurídico-penais (ou seja, bens mercedores da tutela penal). Tal condição é concretizada a partir de uma teoria constitucional acerca dos mesmos, a qual exige “[...] que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência” (DIAS, 2001, p. 47-8).

Assim, propõe a teoria, em exame, a seguinte construção: em se tratando de uma agressão “Y” de grande monta (com respeito às exigências do princípio da ofensividade da conduta a bem jurídico) que atinja um direito fundamental “X” (bem jurídico-penal, mercedor de tutela penal, nos termos da teoria constitucional do bem jurídico), o Estado deve atuar de forma a proteger esse direito da referida agressão (dever – positivo - de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado). Em determinados casos, pela gravidade da agressão e a insuficiência e ineficácia dos outros meios legítimos juridicamente e menos gravosos, a proteção somente será realizada de forma eficiente, ou, minimamente suficiente (proibição de proteção deficiente), através de normas penais. Portanto, não possuiria o legislador penal qualquer liberdade para escolher outro meio de proteção, já que, do contrário, estaria ele a violar a proibição de proteção deficiente, tornando sua medida escolhida viciada pela inconstitucionalidade. Assim, se a única opção constitucionalmente conferida ao legislador ordinário, em tais casos, é a realização da proteção pela norma penal, tratar-se-ia, em realidade, da existência de um *mandado constitucional implícito de criminalização*. Essas, em brevíssima síntese, as argumentações dos defensores da teoria.

Isso posto, importa destacar que as características da relação do Direito penal com a Constituição da República Federativa do Brasil são – ao menos formalmente – propícias para a construção apresentada, dada a abertura normativa quanto às possibilidades de criminalização de condutas. Afinal, o que pode vir a ser objeto de criminalização? Diversamente de outras características do Direito Penal, as quais a Constituição dispôs por

²⁷ Para fins didáticos, por exemplo, pode ser utilizada a decisão da Alemanha previamente citada: tendo o legislador descriminalizado o aborto em determinadas circunstâncias, estaria ele a violar o imperativo de tutela que o direito fundamental à vida exige do Estado, porque a ausência da norma penal ocasionou a sua insuficiente proteção.



meio de regras estritas, muitas delas, inclusive, integrantes do art. 5º (como as “regras”²⁸ da anterioridade, da tipicidade, da legalidade, da irretroatividade das normas penais etc), deixou-se em aberto – porque dificilmente seria possível o contrário, é bem verdade – a questão referente ao objeto da criminalização. Ao mesmo tempo, temendo-se a ausência de limites ao legislador ordinário, doutrinariamente foram construídas exigências para limitar o conjunto daquilo que poderia constituir seu objeto: (a) a conduta criminalizada deve ofender a um bem-jurídico penal (a “regra”²⁹ da fragmentariedade da incidência do Direito Penal, que coliga a idéia de bem jurídico-penal e de ofensividade da conduta) e (b) os outros meios menos gravosos para a proteção de tal bem devem ser insuficientes na promoção da proteção (a “regra”³⁰ do Direito Penal como *ultima ratio*)³¹.

Da mesma forma, os requisitos supracitados também serviram para dividir a legitimação da intervenção penal em dois momentos subsequentes: a) *merecimento da tutela penal* (que seria correspondente ao requisito “a” antes referido, ou seja, a necessidade de que se trate da proteção contra *ofensa grave a bem jurídico-penal*) e b) *necessidade da tutela penal* (que corresponderia ao requisito “b” precitado, ou seja, a inexistência de meios legítimos menos gravosos que tutelem o bem de forma eficaz). Por conseguinte, sobre o direito penal pesa a exigência de intervenção mínima, cujos critérios de controle – ausentes, especificamente nesse tocante, na Constituição do Brasil - foram os antes mencionados.

A teoria sob análise, ao menos *prima facie*, não violaria tais critérios: busca tutelar bens jurídico-penais de agressões severas, contra as quais, inclusive, não existam meios menos gravosos que sejam capazes de prestar suficiente tutela. Então, em que poderia residir a sua inconsistência? Defende-se que o problema está na justificação utilizada por essa teoria para a *necessidade* da tutela penal. Quando visa, pois, a legitimar não apenas a sua *necessidade*, mas um verdadeiro dever de criminalização por parte do legislador (daí porque *mandados* de criminalização), utiliza-se ela do postulado aplicativo normativo (muito chamado de *princípio*) da Proporcionalidade³² de maneira – ora entendida – *equivocada*.

A proporcionalidade trata da relação concreta de um meio com um fim (estado de coisas desejado), verificando se aquele se presta à promoção deste, ou ainda, conforme afirmou Ávila, “o exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida

²⁸ Diversamente do que costuma denominar a doutrina penalista, entende-se que tais determinações são *regras* sobre produção normativa (no caso, sobre a produção das normas penais), que vinculam, de forma estrita e sem qualquer possibilidade de descumprimento, sob pena de inconstitucionalidade, o legislador: a anterioridade e a irretroatividade determinam “quando” pode incidir a norma penal; a tipicidade e a legalidade, como devem ser dispostos os crimes etc.

²⁹ Vide nota n. 40.

³⁰ Vide nota n. 40.

³¹ Sobre o ponto, muito valiosos são os apontamentos de José de Faria e Costa, “[...] o direito penal é, todos dizem e reafirmam, a *ultima ratio*. Mas uma *ultima ratio* em um duplo sentido. Vale por dizer: ele é *ultima ratio* porque só quando, de todo em todo, os outros ramos do direito não conseguem responder às necessidades de tutela dos bens jurídicos necessitados de proteção é que, então, se devem empregar os mecanismos de tutela repressiva que cabem ao direito penal. Mas o direito penal é também *ultima ratio*, agora numa perspectiva de diferente radical, porquanto ele representa o último, o derradeiro poder a ter “poder” legítimo para ofender o corpo-próprio” (In: FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**. Coimbra: Coimbra, 2005. P. 89.

³² Tanto Alexy quanto os doutrinadores da Teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização denominam a proporcionalidade de “princípio”. Contudo, é importante ressaltar o entendimento de que mais acertada é a compreensão da proporcionalidade enquanto *postulado normativo aplicativo*, consoante sustentado por Humberto Ávila. E prosseguindo em seu raciocínio, o autor afirma que postulados normativos aplicativos são normas de segundo grau, que estabelecem a estrutura da aplicação de outras normas, situando-se, pois, em nível distinto daquelas (In: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 4.ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p). Ademais, a proporcionalidade não se trataria de um princípio porquanto suas determinações não configuram nenhum dos requisitos da definição estipulativa de princípio do próprio Alexy.



concreta destinada a realizar uma finalidade” (ÁVILA, 2005, p. 113). No caso da criminalização de condutas atentatórias a bens jurídico-penais, o fim é a proteção do bem (e principalmente, a proteção dos direitos fundamentais) e o meio, o direito penal, ou seja, a criminalização de condutas. Aduzem os doutrinadores da teoria analisada que, às vezes, somente *um* meio poderá ser escolhido pelo legislador ordinário - o direito penal - o que ocorre sempre que os meios menos gravosos sejam incapazes de conduzir a proteção de um direito fundamental a um patamar que respeite o princípio da proibição de proteção deficiente, quer dizer, a um patamar “minimamente necessário”.

Dois equívocos de plano podem ser apontados contra as premissas e as conclusões da teoria dos mandados implícitos de criminalização: primeiramente, a confusão entre norma penal e bem jurídico ou direito fundamental tutelado; em segundo lugar, a incomensurabilidade da comparação dos meios que promovem a proteção de direitos fundamentais. O primeiro dos problemas mencionados ocorre ainda na primeira fase da aplicação do “Princípio” da proporcionalidade: a adequação do meio à promoção do fim. Nos termos defendidos por Ávila, “a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim” (ÁVILA, 2005, p. 116), aduzindo, em trecho subsequente de sua obra, que para definir o que significa ser um meio adequado a um fim, é preciso “[...] analisar as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover. Pode-se analisar essa relação em três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza)” (ÁVILA, 2005, p. 117).

Dito isso, torna-se notório que a teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização deixa de lado a análise concreta – empírica – das consequências da criminalização, algo essencial para que se possa afirmar a *adequação* de um meio na persecução de um fim, o que não se coaduna com um juízo meramente hipotético. Ademais, exige a teoria sob análise que a promoção do fim seja *eficiente*. Em realidade, tal doutrina, do modo como foi estruturada, acaba pressupondo uma série de presunções para a sua construção, quais sejam: (a) que outros meios de tutela não-penais de direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais (e, portanto, nos termos da teoria constitucional do bem jurídico, também de bens jurídico-penais) são ineficientes na promoção do fim; (b) que a utilização da tutela penal promoverá uma proteção eficiente e (c) que essa proteção pela tutela penal será mais eficiente e promoverá melhor a realização do direito fundamental do que a utilização de meios não-penais para a mesma finalidade.

Contudo, em nenhum momento a doutrina que defende a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização fez qualquer ponderação quanto à possibilidade de, na prática, o meio não ter a eficácia que se supôs, ou mesmo quanto à questão da eficácia da norma penal enquanto meio de dissuadir a realização da conduta criminosa. É como se houvesse o dogma de que o Direito Penal fosse capaz de proteger um direito fundamental de forma mais adequada – porque mais provável, intensa e com qualidade – do que quaisquer outros meios não-penais. No entanto, “nada prova que a lei penal tutele um bem jurídico, tendo em vista que apenas é possível se verificar que ela confisca um conflito que o lesiona ou que o põe em perigo” [trad. livre] (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002. p. 128).³³

Ocorre, em realidade, uma notória confusão. Conforme defendeu Zaffaroni, “o conceito de bem jurídico é nuclear no direito penal para a realização do princípio da lesividade, mas imediatamente se procede a equiparar bem jurídico lesionado ou afetado

³³ No original: “[...] nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro”.



com bem jurídico tutelado” [trad. livre] (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002. p. 128) ³⁴. Contudo, continuam a afirmar que a existência de uma lei penal que sanciona a realização de determinada conduta tem como eficácia a tutela do bem jurídico-penal que a legitima. Mais uma vez, Zaffaroni supera a questão, apresentando a crítica certa no sentido de que

a afirmação de que isso implica uma tutela corre por conta da agência política criminalizante, mas sua verificação não pode se dar através da lei, senão na realidade social: o direito penal só verifica a criminalidade primária e a pretensão discursiva tutelar da agência política; a tutela (como verdadeira ou falsa), verifica a sociologia. Por outro lado, é muito difícil sustentar uma tutela do bem ofendido, porque é obvio que no homicídio não se tutela com a pena a vida do morto, mas que, ao menos, a tese “tutelista” deveria admitir que não se trata da vida concreta, senão de uma idéia abstrata de vida. [trad. livre] (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002. p. 128) ³⁵

Importa ainda ressaltar que não se está defendendo que a existência de normas penais somente é legítima quando efetivamente se mostrar de grande eficácia preventiva, impedindo que lesões ou perigos atinjam os bens jurídico-penais, o que é questão outra e de grande complexidade, alheia à proposta deste artigo. O ponto ora defendido é, pois, diverso: a partir do momento em que a proporcionalidade é utilizada como forma de legitimação da necessidade de tutela penal, não se pode escapar das exigências próprias de tal postulado aplicativo normativo.

Assim, se aqueles que encampam a doutrina atacada afirmarem a prescindibilidade de dados empíricos sobre o quanto o meio promove o fim, para que tal meio seja legítimo e constitucional, então, em primeiro lugar, não podem se apropriar da proporcionalidade, que pressupõe - nos termos de suas etapas de aplicação - essa análise concreta³⁶. Em segundo lugar, estão apenas preocupados com a função retributiva e punitiva da aplicação da norma penal, no sentido não de proteção do ordenamento contra agressões futuras (embora o discurso seja esse, ainda que pareça estar desvirtuado), mas sim no de produzir confiança no sistema jurídico estatal. Essa crença no Estado dar-se-ia pela *reafirmação da norma violada*, a fim de fortificar no imaginário dos cidadãos a idéia de segurança (simbólica, porque repressiva e não preventiva) realizada através do Direito Penal (informação verbal) (ZAFFARONI, 06 mai. 2009). Ora, é de todo inaceitável entender que um Direito Fundamental pode ser considerado protegido por um meio jurídico cuja eficácia preponderante é retribuir a ofensa a esse direito com uma pena, mas que, para fins preventivos, acaba sendo completamente inútil.

Ainda que superado o problema concernente à eficácia concreta do meio escolhido, seja pela confirmação efetiva da sua atuação, seja por entender que tal exame é alheio ao problema – porque pertinente apenas à sociologia –, novo questionamento deve ser feito na segunda etapa da aplicação da proporcionalidade, qual seja, quando da verificação da

³⁴ No original: “el concepto de bien jurídico es nuclear en el derecho penal para la realización de este principio, pero inmediatamente se procede a equiparar bien jurídico lesionado o afectado con bien jurídico tutelado”.

³⁵ No original: “La afirmación de que esto implica una tutela corre por cuenta de la agencia política criminalizante, pero su verificación no puede tener lugar a través de la ley sino en la realidad social: el derecho penal sólo verifica la criminalización primaria y la pretensión discursiva tutelar de la agencia política; a la tutela la verifica (como verdadera o falsa) la sociología. Por otra parte, es muy difícil sostentar una tutela del bien ofendido, porque es obvio que en el homicidio no se tutela con la pena la vida del muerto, sino que, por lo menos, la tesis *tutelista* debiera admitir que no se trata de la vida concreta, sino de una idea abstrata de la vida”.

³⁶ Tanto é assim, que Humberto Ávila refere que “se a avaliação do administrador revelou-se equivocada em momento posterior, e com informações disponíveis mais tarde, ela deverá ser anulada” (In: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**, op. cit., p. 119).



“necessidade” da utilização do meio. Inicialmente, quanto ao seu conceito, Humberto Ávila definiu o exame da necessidade como aquele que verifica a “existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido [...] e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados” (ÁVILA, 2005, p. 122). Refere o jurista, ainda, que a verificação da necessidade demanda dois outros exames: o de “igualdade da adequação dos meios” e o do “meio menos restritivo” (ÁVILA, 2005, p. 122). Dessa maneira, a pergunta que deve ser feita quando são comparados os meios possíveis e disponíveis ao legislador para a promoção do fim almejado, é: em que medida são eles comensuráveis?

A doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, nesse exame, aduz que, em determinados casos, os outros meios disponíveis ao Legislador, que não o meio penal, são insuficientes na promoção do fim (proteção dos Direitos Fundamentais). Por conseguinte, *necessariamente* é a criminalização da conduta a única medida legitimada a ser escolhida pelo Poder Legislativo, cuja liberdade de configuração resta ausente, pois, repete-se, se tratariam de *mandados* implícitos de criminalização, com relação aos quais caberia ao legislador ordinário somente acatar.

A crítica que ora se propõe relaciona-se com o fato da ausência de critérios por parte dos doutrinadores dessa teoria para determinar como se realiza essa comparação. Não se vislumbra, pois, qualquer explicação que justifique por que os meios extrapenais promovem menos o fim almejado e por que a utilização de qualquer meio diverso da tutela penal significará uma promoção da proteção dos direitos fundamentais de forma insuficiente. Esse apontamento não pode ser ignorado, pois a conclusão de que somente o meio *mais restritivo* de direitos que pode o Estado legitimamente se valer – o direito penal - é cabível na persecução de determinados fins estatais tem grande peso no âmbito de liberdade das pessoas.

Conforme previamente referido, o exame promovido na necessidade é de (a) igualdade de meios e (b) menor restrição de outros direitos. Naquele, está-se a questionar se outros meios não promovem da mesma forma o fim, não se exigindo – diversamente do que parece pressupor a teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização – que a escolha busque o meio que *mais* promove o fim, mas sim um que *promova* o fim (não haveria, pois, dever de maximização). Até porque, caso se entendesse devida a maximização do resultado, um meio tornar-se-á necessário sempre que não haja outro com a mesma eficácia e ainda que a sua aplicação ocasione a restrição intensa de muito outros direitos fundamentais. Tal abertura seria realmente perigosa, porque capaz de justificar a adoção, pelo Estado, de uma ética consequencialista (que é aquela na qual as eleições e os meios eleitos não tem valor em si, mas apenas como instrumentos para obter os fins a que se destinam, maximizando-os).

De todo modo, e esse era o ponto, há grandes dificuldades teórico-práticas na realização da comparação de meios que podem promover fins: “a dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico)” (ÁVILA, 2005, p. 122), considerando-se ainda que “um meio não é, de todos os pontos de vista, igual ao outro” (ÁVILA, 2005, p. 122). Contudo, a busca da proporcionalidade e da comensurabilidade das escolhas é antiga, principalmente com a métrica de Platão (GUERRA FILHO, CAMARGO, 2007. P. 89). A ciência da medida, tanto naquela época, quanto na atual, revela o desejo de simplificar e dominar o desconcertante problema da escolha entre alternativas heteronômicas na moral privada (na Antiguidade), e, hoje, principalmente, na atuação do Estado na realização de seus fins (NUSSBAUM, 2005. p. 116).



No entanto, parece necessário reconhecer a existências de meios e fins plurais incomensuráveis, que podem conduzir, naturalmente, a conflitos contingentes irreconciliáveis entre si (NUSSBAUM, 2005, p. 129). É por isso que a intensidade do controle dos outros poderes pelo Poder Judiciário, quanto à escolha dos meios, não pode ser um controle – ao menos, não em todos os casos – forte. Ademais, é fácil comparar meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, mas um deles restringe mais direitos e/ou fins contrapostos do que o outro meio, a escolha se torna fácil e controlável. Diversamente ocorre quando um dos meios promove o bem de forma mais rápida, ou em maior quantidade, enquanto o outro, de forma mais certa (mais provável), mas em menor quantidade e assim por diante (ÁVILA, 2005, p. 122).

Não se está a defender uma ausência total de parâmetros para o controle da atividade legislativa, muito menos a impossibilidade – insuperável – de comparar meios que promovam fins. A questão é mais singela, embora não pouco importante: o exame de necessidade não é simples, de modo que, em certos casos, essa comensurabilidade não existirá, sendo substituída por conflitos irreconciliáveis. Nesses momentos, o exame de constitucionalidade ao qual estará legitimado o Poder Judiciário será *fraco*, o que também deve ocorrer sempre que o resultado da aplicação da lei é duvidoso, ou quando se tratar de matéria técnica ou, ainda, quando se trabalha com uma competência de concretização de um direito fundamental aberta e pertencente ao Poder Legislativo (ÁVILA, 2005, p. 126). Portanto, na prática, pouquíssimas vezes seria possível defender a existência de *mandados* constitucionais implícitos de criminalização.

Conclusão

Intentou-se, nessas breves linhas, apresentar o panorama atual da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, expondo a sua origem, a construção doutrinária brasileira e o ainda tímido acolhimento por parte da jurisprudência do STF. Após analisadas as estruturas componentes dessa doutrina, questionou-se a sua consistência para justificar a retirada – de forma tão acentuada – da liberdade de configuração do legislador ordinário. Assim, verificou-se que tal teoria não analisa questões importantes, como o efeito concreto de tutela (ou da sua ausência...) que uma norma penal pode apresentar, realizando apenas um exame de prognose sem critérios claros que justifiquem a conclusão pela adequação desse meio à tutela do fim. Da mesma forma, observou-se que os problemas de incomensurabilidade parecem ser ignorados pelos defensores da doutrina em foco, conquanto ocorram com grande frequência quando da comparação de meios que podem ensejar o fim buscado.

Esses dois pontos, se assim mantidos, podem retirar a aceitação dessa teoria, já que ela se estrutura em premissas inconsistentes, que seriam incapazes de sustentar a conclusão apresentada, que é a da configuração de Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização. Ressalta-se, contudo, que não se nega que o legislador ordinário, por vezes, esteja limitado a apenas um meio do qual possa legitimamente se valer. Ora, isso ocorre, principalmente quando a Constituição já fez a escolha por ele (seria uma determinante heterônoma) (CANOTILHO, 2001, p, 247 e ss.) e, mesmo quando aparentemente livre a configuração do legislador, existam argumentos consistentes para tanto. Por exemplo, no que se refere à criminalização do homicídio – que não consta expressamente na Constituição – mas que pode ser explicada pela ofensividade da conduta (reprovabilidade) e por atingir a um bem jurídico, qual seja, a vida humana.



Da mesma maneira, acredita-se ser possível defender que o apelo ao direito penal seja a única opção do legislador ordinário, mas não pelos argumentos da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização. Ora, se a tutela da vida humana fosse mais efetiva por meio da utilização do Direito Administrativo Sancionador, ainda assim, não seria aceitável a sua descriminalização, o que parece ir de encontro às premissas da teoria analisada neste trabalho. Ademais, a ausência de critérios fáticos para verificar a efetividade da medida, bem como a desconsideração da existência de casos em que não é possível comparar meios que podem tutelar os direitos fundamentais – chegando-se, sim, a conflitos irreconciliáveis, decorrentes da incomensurabilidade – poderiam permitir a retirada autoritária da liberdade do legislador, bem como a imposição de criminalizações injustificadas.

Do exposto, defende-se a inconsistência da teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização. A proposta de que, por vezes, não há liberdade de escolha do Poder Legislativo, embora defensável e recorrente, não se justifica pelos argumentos dessa doutrina. Assim, necessário, por ora, manter o legislador ordinário penal em liberdade, porquanto, do exposto, injustificada a sua “prisão”.



Bibliografia

ALEMANHA. BverfG. Urteil v. 25/02/1975 – 1 BvF 1-6/74. Disponível em: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Traduzido por Beatriz Henning et al. Leonardo Martins (Org.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005, p. 266 ss. Tradução de: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. 4.ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1="proibição%20de%20proteção%20deficiente"&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)> Acesso em 11 dez. 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. De Damians a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de Direitos Humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Princípios y positivismo jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguindo. Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Gedisa editorial: Barcelona, 1999.

_____. Norma: una noción controvertida. In: _____. **Distinguindo. Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Gedisa editorial: Barcelona, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da



proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional – Direitos fundamentais**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

LERCHE, Peter. **Übermass und Verfassungsrecht**. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit. Köln/Berlin/München/Bonn, 1961.

NUSSBAUM, Martha Craven. **El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía e literatura**. Madrid: Mínimo Tránsito, 2005.

_____. El discernimiento de la percepción: una concepción aristotélica de la racionalidade público y privada. In: _____. **El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía e literatura**. Madrid: Mínimo Tránsito, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, mar-abr. 2004, pp. 60-122.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, vol. 12.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, n. 81, pp. 325-85.

_____. Direitos fundamentais e proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

SILVA SANCHES, Jesús-María. Prólogo. In: BRAUM, Stefan. et al. **La insostenible situacion del derecho penal**. Traduzido por: Benlloch Petit, Guillermo. et al. Granada: Comares, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição do excesso à proibição da proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004, pp. 243-84.

_____. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 15 out. 2008.

_____. **O dever de proteção do Estado (Shutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?** Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em 10 jan. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Outras referências



ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoria do delito e política**. Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, 06 mai. 2009. Ciclo de debates sobre: Dogmática e política criminal. Homenagem ao Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni. Palestra proferida no evento.

