

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

RAQUEL LIMA SCALCON

MANDADOS CONSTITUCIONAIS (IMPLÍCITOS) DE CRIMINALIZAÇÃO?

PORTO ALEGRE

2009

RAQUEL LIMA SCALCON

MANDADOS CONSTITUCIONAIS (IMPLÍCITOS) DE CRIMINALIZAÇÃO?

Trabalho de Conclusão apresentada como requisito obrigatório à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Tupinambá Pinto de Azevedo

PORTO ALEGRE

2009

RESUMO

O presente estudo analisa as premissas teóricas da doutrina dos “Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização”. A seguir, verifica-se a sua consistência para justificar a existência de obrigações irreduzíveis de criminalização de condutas pelo legislador ordinário. Para tais desideratos, realiza-se investigação científica preponderantemente pelos métodos analítico, filosófico e empírico. Por conseguinte, após discernir e separar os fundamentos teóricos da doutrina estudada, busca-se, em um primeiro momento, verificar se eles apresentam inconsistências jurídicas e filosóficas e, a seguir, se ensejam problemas empíricos quando da sua aplicação a um caso concreto, a fim de concluir pela sua aceitação ou refutação. Obtiveram-se os seguintes resultados: (a) a teoria objeto de estudo fundamenta-se em uma ética consequencialista, a qual é inadequada ao Direito Penal, que exerce acentuado poder de intervenção em Direitos Fundamentais e (b) a sua aplicação prática provoca problemas empíricos de verificação da efetividade da medida na persecução do fim (exame de adequação da medida), bem como de incomensurabilidade entre meios que promovem fins de maneiras diferentes (exame de necessidade da medida). Conclui-se, por conseguinte, pela potencial inconsistência da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização para justificar a existência de obrigações de criminalização, oriundas da Constituição, e oponíveis ao legislador ordinário.

Palavras-chave:

Direito Constitucional - Direitos fundamentais - Deveres de proteção - Direito Penal - Postulado da proporcionalidade - Liberdade de configuração do legislador ordinário

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the theoretical foundations of the “Criminalization Implicit Constitutional Obligations” doctrine and observing its consistency to validate the existence of acts criminalization obligations by the legislator. For this purpose, an empirical philosophical analytical scientific research was developed. Therefore, after distinguishing the theoretical foundations of this doctrine, it is intended to verify whether the previously mentioned foundations present philosophical and legal flaws, as well as empirical problems in their application in a case, in order to accept or deny the theory. The following results were observed: (a) this doctrine is based on a consequentialist ethics, which is inappropriate for Criminal Law due to the fact that it strongly interferes in Fundamental Rights and (b) its application triggers empirical problems in verifying the effectiveness of the procedures towards the state of affairs (procedure adequateness examination), in addition to the incommensurability of means which promote state of affairs in different ways (procedure necessity examination). Finally, the conclusion is that this doctrine is potentially inconsistency to validate the existence of acts criminalization obligations by the legislator.

Keywords:

Constitutional Law - Fundamental Rights – Protection Duties – Criminal Law – Proportionality Postulate – Legislating Freedom

Sem um fim social, o saber será a maior das futilidades.

Gilberto Freyre

Nenhum homem é uma ilha, um ser inteiro em si mesmo;
Todo o homem é uma partícula de um Continente, uma parte da terra.
Se um pequeno torrão carregado pelo mar deixa menor a Europa,
Como se um promontório fosse,
Ou a herdade de um amigo seu, Ou até mesmo a sua própria,
Também a morte de um único homem me diminui;
Porque eu pertenceo à Humanidade.
Portanto, nunca procures saber por quem os sinos dobram.
Eles dobram por ti.

John Donne

DEDICATÓRIA

A Guilherme Bier Barcelos,
pelo sincero companheirismo no caminho construído.
E por ter tornado a caminhada
muito mais humana, apaixonante e desafiadora.

A meus pais,
por terem ensinado duas belas lições de vida:
o significado do amor incondicional,
e o valor da educação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Orientador, *Professor Tupinambá Pinto de Azevedo*:
Pelo incentivo, diálogo e lições de vida e de direito.
Pela dedicação incondicional aos estudantes da *Casa de André da Rocha*.
E pelo exemplo de sabedoria, respeito e humanidade.

Agradeço, também, ao *Guilherme*,
Pelas diversas e incansáveis leituras destes originais,
pelas sugestões, auxílios, conversas.
E pela presença reconfortante, quando a caminhada parecia não ter fim.

RAQUEL LIMA SCALCON

MANDADOS CONSTITUCIONAIS (IMPLÍCITOS) DE CRIMINALIZAÇÃO?

Trabalho de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito apresentado à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo

Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Danilo Knijnik

Membro da Banca Examinadora

Prof. Me. Humberto Jacques de Medeiros

Conceito: _____ A _____

Porto Alegre, _____ de _____ de 2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TEORIA DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO: ANÁLISE DE TRÊS PREMISSAS FUNDAMENTAIS	23
1.1 UM CONCEITO PRÓPRIO DE PROPORCIONALIDADE.....	23
1.1.1 Teoria de Direitos Fundamentais de Robert Alexy	23
1.1.1.1 Princípios jurídicos como mandados de otimização.....	25
1.1.1.2 Colisão de Princípios – A funcionalidade da Ponderação.....	28
1.1.2 O princípio da proporcionalidade na Hermenêutica Filosófica	31
1.2 RELAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COM O DIREITO PENAL – TEORIA CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO PENAL.....	33
1.2.1 Por um conceito de Bem Jurídico Penal: breve evolução histórica	34
1.2.2 Bem jurídico no Sistema Constitucional	36
1.2.2.1 Teorias Constitucionais Amplas e Estritas do Bem Jurídico-Penal.....	39
1.3 A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE DE CANARIS.....	41
1.3.1 Restrições a direitos fundamentais	41
1.3.2 Deveres de Proteção dos Direitos Fundamentais pelo Estados	45
1.3.3 Proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais	49
2 ESTRUTURAS INCONSISTENTES? PROBLEMAS DE PRINCIPIOLOGIA, PROPORCIONALIDADE E CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO PENAL	52
2.1 DA ANÁLISE À SÍNTESE: A CONSTRUÇÃO DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	52
2.1.1 A profunda crise do Direito Penal Liberal	52
2.1.1.1 O Estado da arte do Direito Penal (E a realidade brasileira?).....	55
2.1.2 Objeto de criminalização: abertura do texto constitucional brasileiro	57
2.2 INCONSISTÊNCIAS DOGMÁTICAS E FILOSÓFICAS DOS FUNDAMENTOS DA TEORIA DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	66
2.2.1 Alguns conceitos fundamentais	71

2.2.2 Problemas filosóficos e de teoria do direito da doutrina estudada: o neoconstitucionalismo, a autoridade da lei e a ética consequencialista no Direito Penal.....	77
2.2.3 Problemas empíricos da teoria estudada: tutela de direitos fundamentais, criminalização e liberdade de configuração do legislador ordinário.....	84
CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

INTRODUÇÃO

I. PRECISÃO CONCEITUAL

“Mandado constitucional implícito de criminalização” é um conceito jurídico usado freqüentemente para justificar - e ordenar - a criminalização de condutas, especificamente aquelas que ameacem ou lesem direitos fundamentais. Do contrário, se ausente a tipificação da conduta como crime, 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 material¹.

A palavra “mandado” será, nesse estudo, definida estipulativamente², como caracterizadora de um discurso jurídico prescritivo – ou seja, como enunciado deôntico³ 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 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.⁴

¹ 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.

² 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.

³ 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*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 37 ss.).

⁴ Os conceitos de mandato como norma que qualifica um comportamento como obrigatório, e de proibição

Por sua vez, 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 heterônomas⁵ - 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, 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. Salienta-se, no entanto, que, em certos casos, a própria Constituição transfere ao legislador ordinário a competência para 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 – ou seja, de restrição realizada pelo legislador infraconstitucional - de direitos fundamentais, 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.

Feita a ressalva, frisa-se, assim, que o presente trabalho somente pode ser compreendido e analisado em termos de Constituições rígidas e de máxima hierarquia na ordem jurídica, sendo tais qualidades, pois, pressupostos para a finalidade, a hipótese e o objeto da presente investigação.

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 decorre das normas constitucionais que

como norma que qualifica uma omissão como obrigatória podem ser vistos em GUASTINI, Riccardo, Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa: Barcelona, 1999, p. 96.

⁵ 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*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 247 ss..

reconhecem uma série de direitos a prestações (fáticas ou jurídicas) do Estado sem estrutura de regra estrita – ou seja, que não definem claramente a consequência jurídica e os limites do dever jurídico do Estado - aos quais, apesar de discutível, ainda é juridicamente possível conferir eficácia diretamente da constituição, compreendendo que tais direitos sociais, em determinados casos, são originários e não derivados de uma obrigatória *interpositio legislatoris*, assim não ocorre em relação às normas constitucionais que determinam a criminalização de uma conduta.

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 apenas da Constituição, o que não significa que ela não possa antecipar-se e reconhecer determinadas condutas como crime⁶ (como faz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos art. 5º, inciso XLI, art. 5º, inc. XLIII e XLIV, dentre outros), embora ele 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 mandado 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 Dirigente⁷ *formal*, aqueles pertenceriam apenas à Constituição Penal Dirigente *material*.

⁶ Mesmo em tais casos, a doutrina penalista não é unânime: afinal, a Constituição obriga ou não o legislador a criminalizar nos casos em que assim determina de forma expressa? Sobre o ponto, ver importante estudo de Janaína Paschoal, que apresente abordagem inovadora – embora ainda minoritária -, a qual questiona tais obrigações mesmo em se tratando de norma constitucional expressa (In: PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 79 ss.).

⁷ A expressão “Constituição Penal” é utilizada, por alguns autores, como conjunto das normas da constituição que limitem ou conformem o Direito Penal, como, por exemplo, as normas que reconhecem as garantias da presunção da inocência e do princípio da legalidade estrita (art. 5º, inc. LVII e art. 5º, inc. XXXIX da Constituição brasileira de 1988, respectivamente), bem como às que determinam a criminalização de condutas, como, por exemplo, o art. 5º, inc. XLII, art. 5º, inc. XLIV e art. 7º, inc. X, todos pertencentes à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Tal conceito pode ser encontrado em FELDENS, Luciano. *A*

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, 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 do Estado 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”. Eis o conceito nuclear da presente investigação.

II. ANTECEDENTES DOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA ALEMANHA E NO BRASIL

Foi a partir do surgimento, na incipiente década de 60, da notável obra de Peter Lerche, a qual denominara de *Habilitationschrift – Übermass und Verfassungsrecht*⁹ – que a doutrina constitucionalista deparou com um novo e complexo paradigma, que rompia – ou possibilitava romper, dada a inegável resistência com que ele 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”.¹⁰

“Vemos diante de nós um mundo refeito, não o mundo em que vivemos”.¹¹ Essa frase expressa, de uma forma bastante simbólica, a característica de muitas Constituições que

constituição penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 60. A utilização da expressão de forma mais restrita, qual seja, no sentido de “sistema criminalizador”, pode ser observada na leitura de CARVALHO. Salo de. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); Neto, Agostinho Ramalho Marques. et. al. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 72. No presente estudo, utilizar-se-á o significado amplo, salvo em se tratando da expressão “constituição penal *dirigente*”, quando o sentido será o restrito, uma vez que a palavra dirigente agrega a idéia de determinações de ações positivas ao Estado, no caso, a criminalização de condutas.

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

⁹ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit. Köln/Berlin/München/Bonn, 1961.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, prefácio, p. XII.

¹¹ NUSSBAUM, Martha Craven. *Flawed foundations: the philosophical critique of (a particular type of) Economics*, in University of Chicago Law Review, n° 67, 1997, p. 1200.

surgiram posteriormente à construção desse novo paradigma, dentre as quais se poderia destacar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Constituição da República de Portugal de 1976 e a antiga - mas inovadora - Constituição Mexicana de 1918. Tratava-se de Cartas emancipatórias, analíticas, programáticas ou, na expressão cunhada por Canotilho, *dirigentes*: buscava-se, pois, conformar a realidade fática – e daí o porquê de “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.

Não se desejava, pois, a manutenção do 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).

Ao invés de meras descrições da realidade, seriam tais normas constitucionais verdadeiras prescrições, as quais determinavam condutas como obrigatórias (ações, denominadas de “mandados” - e omissões, cunhadas de “proibições”, ou, ainda, na leitura de Canotilho, “competências de concretização legislativa”¹²) vinculando todos os poderes, porém, de um modo especial, o Legislativo. Esse, de um poder livre nos fins e definidor autônomo das decisões políticas (a partir da reconstrução moderna da representação democrática), passou a ter de conviver, nessa nova perspectiva, com o dirigismo constitucional,¹³ consubstanciado em uma vinculação jurídica (constitucional) de atos então compreendidos como de conformação política. Afastava-se, finalmente, uma das heranças do Positivismo Jurídico, que era a opção por um conceito de Direito estruturado em uma equivocada indiferença política, o que acarretava a perniciosa consequência de um espaço totalmente livre no Direito em relação à política legislativa.¹⁴

Quanto às consequências 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

¹² Nas palavras do constitucionalista português, “os domínios em que é mais reduzido o âmbito da conformação do legislador são aqueles em que os ‘interesses públicos’ estão previamente determinados pela constituição, ficando o legislador simplesmente autorizado a concretizar esses interesses”, em CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 252.

¹³ Idem, p. 179 ss.

direitos e normas de cunho autoritário¹⁵. 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*, ou seja, que 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 era previsível, haja vista a expansão do Direito Penal¹⁶, 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”¹⁷, 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 especial¹⁸, sempre que o aborto fosse realizado por um médico, com a concordância da grávida e desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção, com a exclusão da ilicitude, portanto, para os 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 criminalização¹⁹, quando argumentou que “em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 184.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Esta dirimente ficou conhecida como “Solução de Prazo” (*Fristenlösung*) (in SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 267).

¹⁹ 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.

de outra maneira, o legislador ordinário é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal”,²⁰ a fim de proteger e garantir a vida em desenvolvimento.

No Brasil, foi a doutrina constitucionalista-penal, anteriormente a qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal, quem encampou a teoria alemã acerca dos Deveres de Proteção de Direitos Fundamentais e dos 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”²¹. Posteriormente, outros juristas passaram a defender tal teoria em suas obras, especificamente Douglas Fischer²², Luciano Feldens²³, Lenio Luiz Streck²⁴ e, mais recentemente, Maria Luiza Schäfer Streck²⁵. 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,

²⁰ 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*, op. cit., p. 271.

²¹ 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, p. 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.

²² FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

²³ 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.

²⁴ Inicialmente e especialmente em 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, 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, Lenio 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, Lenio 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](http://http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40)> Acesso em 10 jan. 2009.

²⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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/MS²⁶. 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 CP²⁷, 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 Extraordinário, afastando o reconhecimento da união estável, bem como ressaltando que, inclusive, tal hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei nº 11.106/2005.

Por sua vez, 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,²⁸ 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”.²⁹ Após, referiu que a doutrina já vinha apontando para a existência de uma espécie de garantismo positivo, como outra face da

²⁶ 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.

²⁷ 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”.

²⁸ 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.

²⁹ 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"](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)>

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”.³⁰

A partir daí, pois, a teoria dos mandados implícitos de criminalização recebeu grande repercussão, com uma boa dose de grandes elogios, bem como de severas críticas, merecendo sem dúvida, uma profunda análise.

III. DELIMITAÇÃO DO OBJETO

O presente trabalho tem por objeto a teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização (e, portanto, preliminarmente a teoria dos deveres de proteção dos direitos fundamentais e da proibição de proteção deficiente), tal como sustentada por determinada doutrina constitucionalista-penal brasileira, especificamente os autores antes mencionados, pioneiros na sua construção. Por essa razão, influenciaram com muita força o desenvolvimento e acolhimento da teoria pelos demais juristas brasileiros que hoje também a sustentam. Contudo, importa neste momento salientar que não se poderia falar em *uma única* teoria dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, da proibição de proteção deficiente e dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. Em realidade, tais doutrinadores – embora compartilhem muitas premissas – apresentam peculiaridades únicas, de forma que, na medida do possível, buscar-se-á esclarecer, ao longo do estudo, quais referências ou mesmo críticas podem se aplicar a cada um dos doutrinadores referidos anteriormente.

Nesse diapasão, é oportuno adiantar que, embora os autores precitados caminhem para conclusões semelhantes – e é isso que possibilita e legitima o estudo do conjunto – acerca do modo de concretização e da atuação no ordenamento jurídico do dever de tutela dos direitos fundamentais, bem como da sua eficácia bloqueadora sobre regras penais inconstitucionais, eles não compartilham alguns fundamentos da existência e eficácia de tais princípios. Enquanto Luciano Feldens e Douglas Fischer mantêm-se mais próximos da Teoria da Argumentação, utilizando-se de conceitos de proporcionalidade, ponderação e de direitos fundamentais de Robert Alexy, Lenio Streck e Maria Luíza Streck alinham-se à Hermenêutica Filosófica, apresentando conceito diverso acerca da funcionalidade dos princípios, em especial, do princípio da proporcionalidade.

iente"&base=baseAcordaos> Acesso em 11 dez. 2008.

³⁰ Idem, *ibidem*.

Tendo em vista a já vasta complexidade do objeto de estudo (que, reitera-se, não é homogêneo), esta investigação limitar-se-á, até por respeito à boa metodologia, à análise do conteúdo prioritariamente dos estudos precursores – previamente elencados –, buscando compreender e distinguir suas premissas, seus argumentos, bem como suas conclusões e, principalmente, visando a indicar teses inconsistentes e teses consistentes, a partir de uma leitura crítica de tais obras.

Por fim, ressalta-se que o estudo se realizará no contexto brasileiro, consideradas, portanto, as normas jurídicas e a realidade sócio-econômica e cultural do Brasil. Apesar da delimitação, obras estrangeiras sobre o tema *não* serão desprezadas, mas apenas deixarão de integrar o objeto principal do trabalho, auxiliando, contudo, na análise da doutrina brasileira e na construção de um aprimoramento na compreensão da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização.

VI. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E JUSTIFICATIVA DA INVESTIGAÇÃO

O problema a que se buscará responder está consubstanciado no seguinte questionamento: a existência de “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?

A importância do estudo do problema é imensa, uma vez que o seu objeto está incluído naquilo que se convencionou denominar de crise de modernização do Direito Penal³¹, 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 então, eminentemente liberal. Tais mudanças decorrem da momentânea prevalência da *afirmada* necessidade de expansão da atuação penal em relação à compreensão de um Direito Penal pautado pela forte *limitação* da utilização do *ius puniendi*, prevalência essa que é consequência, sem dúvida, da tentativa de afrontar - com êxito – uma criminalidade que recrudescer quantitativamente e qualitativamente.

Seria, afinal, o Direito Penal, tal como construído sob o paradigma liberal, “insostenible, por su inadaptación al actual estado de desarrollo socioeconómico; insostenible,

³¹ SILVA SANCHES, Jesús-María. Prólogo. In: BRAUM, Stefan. et al. *La insostenible situación del derecho penal*. Traduzido por: Benlloch Petit, Guillermo. et al. Granada: Comares, 2000, p. XI.

por su idealismo ingenuo; insostenible, por su arcaísmo, su formalismo, su lentitud, sus enojosas limitaciones prácticas”³² Ou, ao contrário,

La situación actual de um Derecho penal en reconstrucción es insostenible, no en última instancia, porque no cabe adivinar si, tras la culminación del Derecho Penal ‘moderno’, quedarán espacios para trabajar en los cimientos del Derecho Penal sobre la base de una filosofía liberal. Uno tiene la impresión de que tal reconstrucción concluye en la puesta en práctica de una represión de la criminalidad sólo racional en apariencia, que aspira a lograr efectividad únicamente en el sentido de expresar una persecución penal multiplicada e intensificada.³³

Os questionamentos acerca dos mandados constitucionais implícitos de criminalização, por sua vez, integram essa tensa conjuntura. O desenvolvimento de tal teoria não é ocasional, pois a interpretação das normas constitucionais - que declaram Garantias e Direitos Fundamentais, as quais, em princípio, *limitam* o Poder do Estado - como mandados de criminalização - que *majoram* o Poder do Estado - somente pode ser entendida e questionada na sua historicidade³⁴: vive-se um momento de expansão do Direito Penal e de profunda crise da sua identidade ética. Por isso, seu estudo é de grande importância, especialmente no Direito Penal brasileiro, cujo atual momento vivenciado é de criminalidade crescente, aliada ao início das manifestações de dever de eficiência do Estado nas suas intervenções, o qual tem contrastado com a crença, da maioria dos brasileiros, na impunidade dos perpetradores e no idealismo, quase tolo, do Direito Penal.³⁵

Assim, a conclusão da investigação pela consistência jurídica e filosófica da teoria 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. 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.

³² SILVA SANCHES, Jesús-María. Prólogo. In: BRAUM, Stefan. et al. *La insostenible situación del derecho penal*, op. cit., p. XII.

³³ Prólogo à edição alemã. In: BRAUM, Stefan. et al. *La insostenible situación del derecho penal*, p. XVIII e XIX.

³⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. X. Refere ainda o autor que “ao contrário das matemáticas, os conceitos jurídicos têm história, que haverá de ser revelada por quem procure compreendê-los para adequadamente aplicá-los” (In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia*, op. cit., p. X).

³⁵ Eficiência essa, expressamente determinada no art. 37, *caput*, da Constituição brasileira de 1988, a partir da

V. HIPÓTESES

As respostas ao problema analisado, sustentadas como adequadas quando do início da pesquisa, foram as seguintes: (a) como hipótese geral, entendeu-se que a existência de “Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização” era consistente e suficientemente justificada pela doutrina “constitucionalista-penal” brasileira que a sustentava; (b) como hipóteses específicas e prejudiciais à geral, defendia-se: (b.1) que seria justificável a superação de normas do sistema penal a partir da interpretação e aplicação dos princípios da Constituição, nos termos da teoria *neoconstitucionalista* do direito; (b.2) que uma violação ao imperativo constitucional de tutela dos direitos fundamentais, que é um dos fins do Estado, tornaria inconstitucional – por omissão – a conduta do legislador penal ordinário; (b.3) que o Princípio da Proibição da proteção Deficiente deveria ser o fundamento da necessidade da criminalização de condutas atentatórias a bens merecedores da tutela (os bens jurídicos também denominados de “dignos de tutela penal”); (b.4) que a intensidade de controle dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, decorrente da aplicação da teoria, era adequadamente forte.

Essas as hipóteses quando ainda *incipiente* a analisar do tema. Adianta-se que, no decorrer da pesquisa, houve uma grande modificação da compreensão do problema, como, em seu devido momento, se referirá. Entretanto, não se poderia, aqui, afastar-se das hipóteses então defendidas quando da sua propositura, sob pena de as apresentar viciadas e parciais. Se assim fosse, tratar-se-ia de conclusões. Até porque, acredita-se que o valor, ao menos desta investigação, está na sua sincera descoberta e superação das “pré-compreensões”, em perceber, pois, que os conceitos não eram apenas *incipientes*, mas realmente *insipientes*.

VI. OBJETIVOS DA INVESTIGAÇÃO

Objetiva-se, com a pesquisa, preliminarmente analisar as premissas da Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização construída pela doutrina brasileira (delimitada de acordo com o objeto da investigação). Da mesma forma, visa-se a estabelecer em que teoria filosófica do Direito está fundamentada tal doutrina - uma vez que ela rechaça o Direito Penal enquanto *liberal* e, conseqüentemente, também boa parte de suas regras infraconstitucionais, que ainda estariam atreladas a esse paradigma, em prol dos princípios da

alteração decorrente da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

Constituição. Verifica-se, ainda, se tal teoria filosófica é compatível com o Direito Penal, considerados os problemas da teoria do direito e os empíricos apresentados por tal fundamentação. Ao final, pretende-se concluir pela suficiência ou insuficiência da Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização na justificação da sua existência a partir da interpretação de princípios constitucionais.

VII. MÉTODO E PLANO DO TRABALHO

Os métodos utilizados na pesquisa serão predominantemente - mas não unicamente - o analítico, o filosófico e o empírico. Aquele, porque se visa a inicialmente separar, em seguida explicar e, ao final, novamente unir³⁶ as premissas e elementos que compõem a estrutura da Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, o que será realizado no Capítulo Primeiro deste estudo. O filosófico, uma vez que esta teoria objeto do estudo – como muitas das teorias dogmáticas na Ciência do Direito – tal como nos é exposta, possui algo de insatisfatório, algo que falta: o fato é que ela se estrutura em princípios cuja justificação racional ela omite³⁷, mas que lhe são constitutivos (e daí a sua imensa importância) e cujo exame não se pode – de modo algum – desprezar. Tal método será utilizado principalmente no Capítulo Segundo do estudo, quando da verificação de qual ética fundamenta a teoria em tela, bem como da compatibilidade e adequação de suas premissas e de suas estruturas com o Direito Penal. Nesse mesmo capítulo, de fundamental importância será a utilização do método empírico, verificando-se algumas das conseqüências práticas de tais fundamentos filosóficos.

Os demais métodos, da mesma forma importantes, serão utilizados nesse estudo a fim de contribuir na análise do objeto e do problema dos modos predominantes antes referidos. Ao final, quando da conclusão e após todo esse percurso de fôlego, intentar-se-á responder ao problema proposto de maneira satisfatória e consistente, posicionando-se sobre a (in)capacidade da teoria, nos termos em que sustentada, de justificar a existência de Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização a partir da interpretação de normas da Constituição brasileira de 1988 que declaram Direitos e Garantias Fundamentais.

³⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

³⁷ VILLEY, MICHEL. *Formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 4. Tradução de: *La formation de la pensée juridique moderne*. O estudioso ainda afirma, na mesma página, que “são os filósofos que trazem a lume, explicitam, formulam os princípios com base nos quais se constituem as ciências do direito. Nesse sentido, é na perspectiva da filosofia que o trabalho crítico

1 TEORIA DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO: ANÁLISE DE TRÊS PREMISSAS FUNDAMENTAIS

A teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização, tal como idealizada pela doutrina penalista brasileira, está estruturada em três premissas fundamentais: 1) um conceito próprio de proporcionalidade: (1.a) construído a partir da Teoria de Direito de Robert Alexy (neste caso, nas obras de Feldens e de Fischer) ou (1.b) construído a partir das premissas da Hermenêutica Filosófica (na doutrina de Lenio Streck e Luiza Streck)³⁸; 2) uma relação entre Constituição e Direito Penal com base na qual é incontestado 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 constitucional³⁹ e 3) 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.⁴⁰ Nesse ponto, a influência de Claus-Wilhelm Canaris⁴¹ é fundamental.

Isso posto, passa-se ao estudo de cada uma das premissas elencadas, concomitantemente à tentativa de as justificar como integrantes da Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização. Para cumprir tal desiderato, far-se-ão, à medida que as premissas são expostas, citações dos textos previamente elencados à fl. 14 deste trabalho, a fim de justificar o porquê do entendimento de que a teoria se estrutura, fundamentalmente, nesses três pilares.

1.1 UM CONCEITO PRÓPRIO DE PROPORCIONALIDADE

1.1.1 Teoria de Direitos Fundamentais de Robert Alexy

deve ser realizado”.

³⁸ Ressalta-se que esta é a principal divergência que apresentam tais doutrinadores, de tal forma que, para os fins desta investigação, haverá

³⁹ 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.

⁴⁰ Ou vinculada ao conhecido Princípio da Proibição de Proteção Deficiente e/ou Princípio da Proibição da Insuficiência (*untermassverbot*).

⁴¹ Especialmente em CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 101/128.

Inicialmente, ressalta-se que a análise a seguir realizada concentrar-se-á nas obras *Teoria dos Direitos Fundamentais (Theorie der grundrechte)* e *Epílogo à Teoria dos Direitos Fundamentais (Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales)*. Antes, contudo, é necessária uma introdução à posição de Alexy no contexto jus-filosófico, bem como a breve exposição do seu conceito de Direito.

“Nova idade de ouro dos princípios”⁴²: é a partir dessa metáfora que se pode buscar compreender, primeiramente, a historicidade de sua teoria. Durante as últimas décadas, a Ciência Jurídica vivenciou uma dupla e marcante modificação, que foi, em apertadíssima síntese: a) uma forte – quase até neurótica – crítica ao Positivismo Jurídico e b) a aceitação e ascensão dos Princípios a componente essencial do Direito⁴³. Verifica-se que tais características estão fortemente imbricadas umas nas outras, uma vez que a principal crítica antipositivista é a de que, se há no Direito valores e princípios, então ele é incompatível com um conceito positivista de Direito.

A conseqüência primordial de tais pressupostos teóricos foi a introdução de elementos *morais* na definição do conceito de Direito, afastando-se o postulado metodológico básico do positivismo jurídico, qual seja, “a ausência de um nexos conceitual necessário entre Direito e Moral”.⁴⁴ Contudo, novas dificuldades se apresentaram: a procura de fundamentos de validade para princípios “extra-sistêmicos”, a discussão sobre sistemas estáticos e dinâmicos, a idealização técnica e moral do Direito, com a tese da discricionariedade do juiz sendo combatida pela tese da única resposta correta e, ainda, o questionamento da possibilidade de uma distinção qualitativa não virtual de princípios e regras, sob pena de cair por terra uma das mais graves críticas ao positivismo jurídico. Todas essas questões, relevantíssimas, foram citadas apenas para fins de demonstrar que não há o seu desconhecimento, muito menos o seu desprezo. Entrementes, não integram, nem causam modificações consideráveis na análise do tema, motivo pelo qual as manifestações sobre tais pontos cessam neste momento.

⁴² PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre princípios e normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1992, p. 17.

⁴³ FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Princípios y positivismo jurídico*, op. cit., p. 27. Ressalta-se que a palavra “princípio” é polissemântica, sendo necessário realizar uma definição estipulativa para fins de precisão da afirmação. Desse modo, quando se referiu que houve a “ascensão dos princípios”, em realidade se trata do entendimento de que esses também são normas, ou seja, da mesma forma são razões e guias *jurídicos* para a ação e que, bem como as regras, *determinam* algo (caráter deôntico), embora de um modo distinto. Essa distinção, ou seja, a definição de como efetivamente se distinguem tais espécies normativas têm sido, contudo, objeto de calorosas discussões na Filosofia e na Teoria do Direito. Para os fins deste trabalho, a única distinção estudada será a de Alexy, porquanto indispensável para a compreensão da Teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização.

⁴⁴ Idem, p. 45.

A partir de então, passa-se a análise da Teoria de Alexy, que se estruturará em dois vértices básicos e relacionados: 1) o conceito de princípio jurídico e 2) a funcionalidade da Ponderação em relação aos Direitos Fundamentais.

1.1.1.1 Princípios jurídicos como mandados de otimização

Nos termos definidos por Alexy:

[...] os princípios son madatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.⁴⁵

Da proposição supra, é possível observar que o conceito de princípio de Alexy está estruturado em cinco vértices básicos: 1º) princípios também são normas jurídicas; 2º) gradualidade dos princípios; 3º) dever de otimização dos princípios; 4º) construção de um dever ser ideal por meio dos princípios e 5º) caráter *prima facie* dos princípios.⁴⁶

Em primeiro lugar, consoante referiu o autor, tanto as regras quanto os princípios seriam normas, porque ambos estabeleceriam o devido⁴⁷, e a sua afirmação se estrutura na idéia de que ambos podem ser formulados por meio dos modais deônticos – mandado, permissão e proibição -, que caracterizam o discurso normativo – sobre o que *deve ser* e não sobre o que *é*. Trata-se, pois, de razões para realizar juízos concretos de dever ser, ainda que muito diferentes uma da outra.⁴⁸

Por sua vez, quando Alexy afirma a gradualidade dos princípios, é possível questionar qual o seu significado, em relação a que e em que medida. A interpretação mais genérica da gradualidade é a da possibilidade de uma maior ou menor satisfação do princípio em análise, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas. Contudo, essa definição permanece por demais abstrata, necessitando ser aclarada. Para tanto, muito útil é uma metáfora utilizada por Peczenik, quando afirmou que as regras teriam um caráter binário, ou seja, sua realização seria como um *bit* (1 e 0), de forma que, ou se cumprem e se aplicam (1), ou não se cumprem nem se aplicam (0). Já os princípios, considerada a sua “gradualidade”,

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 68.

⁴⁶ Quanto às últimas quatro características, ver a obra de FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., p. 186 ss.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 64.

⁴⁸ Idem, p. 65. Não se pode esquecer que, para o presente autor, a distinção entre regras e princípios é justificável na teoria das fontes e é *qualitativa* (In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 67).

apresentam, entre a ausência de relevância no caso (0) e a execução ideal (1), valores intermediários de realização (0,1; 0,2; 0,3 etc).⁴⁹

No entanto, resta obscuro em relação a que (ou onde) está situada a gradualidade. Não parece haver dúvida de que a gradualidade situa-se no objeto da norma, não na norma⁵⁰, que, em si, é peremptória, pois, segunda a teoria de Alexy, é um *mandado* (de otimização), que se cumpre ou não (esse ponto interessante – quase contraditório – da teoria de Alexy será melhor analisado quando da terceira característica). O objeto da norma, contudo, poderia ser graduado de duas formas, consoante defendeu Figueroa⁵¹, quais sejam: a) quanto à intensidade da aplicação e b) quanto à frequência. A primeira delas se refere à aplicação parcial do objeto do princípio; a segunda, ao número de casos em que o princípio se impõe. Especialmente no que tange à frequência, não é possível, de forma segura, afirmar quando um princípio se impõe nos casos em que colide com outros princípios, pois a hierarquia entre eles é concreta e variável, visto que dependente das possibilidades fáticas, não apenas das jurídicas (é o que Guastini denominou de “hierarquia móvel”, afirmando que “en un caso se atribuye mayor peso o valor a P1, en un caso distinto se atribuirá mayor peso o valor a P2”⁵²). Por fim, quanto à medida da gradualidade, remete-se a sua análise para quando do estudo da funcionalidade da proporcionalidade.

Em terceiro lugar, há que se analisar o dever de otimização do princípio, o qual, segundo Figueroa, refere-se à forma de determinar a aplicação do princípio⁵³. No entanto, segundo o conceito de princípio de Alexy, a sua aplicação seria orientada pelas *possibilidades fáticas e jurídicas*, de forma que surge uma contradição: afinal, o que orienta a aplicação? Apesar de muito tênue, a questão reside no sentido de que, enquanto a otimização *determina* como a aplicação *deveria ser*, as possibilidades fáticas e jurídicas condicionam como a aplicação *é*. Nesta senda, anteriormente à sua aplicação, o princípio ordena um ideal, “a aplicação irrestrita da norma objeto do mandado”,⁵⁴ pois a noção de ótimo *não* é graduável. Tanto é assim, que o próprio Alexy afirma, categoricamente, que

se [...] se prescinde de uno de los dos principios contrapuestos, pierde entonces su importancia la referencia a las posibilidades jurídicas. El principio deja de ser um

⁴⁹ PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 76.

⁵⁰ FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., p. 190. Quando se afirma que é o objeto da norma, não a norma que é graduável, significa que, por exemplo, no princípio da proteção ao consumidor, que se compreende como “mandado de otimização da proteção do consumidor”, o que se gradua não é o mandado, mas a proteção do consumidor.

⁵¹ Idem, ibidem.

⁵² GUASTINI, Riccardo. Los principios en el derecho positivo. In: _____. *Estudios de teoría y metateoría de derecho*, op. cit., p. 170.

⁵³ FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., p. 192.

⁵⁴ Idem, ibidem.

mandato de optimización para convertirse en un mandato de maximización, referido tan sólo a las posibilidades fácticas.⁵⁵

Há, assim, o que se poderia denominar de “dever ser ideal” (*Ideales Sollen*).⁵⁶ A conclusão da característica anterior nos permite ingressar na quarta característica. Sobre o ponto, Alexy definiu um “dever ser ideal” como aquele que “não pressupõe que o devido seja possível jurídica e faticamente em sua totalidade, mas que exige na maior medida possível o cumprimento aproximado”.⁵⁷ Diferentemente seriam as regras, as quais *pressupõe* que é possível o cumprimento pleno e *exigem* o cumprimento pleno⁵⁸. Por conseguinte, segundo a interpretação dos princípios, muito embora não vivamos em um mundo ideal, devemos nos aproximar ao máximo dele.

Como última característica, indispensável é a análise do afirmado caráter *prima facie* dos princípios. Segundo Figueroa, os princípios prescrevem a maior aproximação ao dever ser ideal: a constante aplicação do princípio (frequência ótima) e a constante maximização da concreção do ideal, ainda que não considerado possível (aplicação ótima).⁵⁹ Contudo, sustenta o referido autor que os princípios careceriam de determinações, ou, em outras palavras, antes de aplicados eles reclamariam a consideração de outras razões jurídicas (diversamente das regras, que seriam peremptórias), as quais podem afastar a sua aplicação.⁶⁰

Sobre o mesmo ponto, de grande importância é a análise de Guastini, que afirma que “los principios presentan una peculiar estructura lógica de un condicional ‘derrotable’ (*defeasible*)”.⁶¹ E prosseguindo na explanação, o jurista pressupõe que tanto os princípios quanto as regras seriam reduzíveis à forma de um condicional (Se X, então Y), onde X são fatos jurídicos condicionantes e Y são as conseqüências jurídicas⁶². No entanto, para Guastini, se as regras são condicionais que não admitem exceções, os princípios admitem exceções implícitas, pois não está excluído que, mesmo em presença do suporte fático, a conseqüência jurídica prevista não se produza, de forma que, finaliza o autor, “los principios [...] no

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 72.

⁵⁶ FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., p. 192.

⁵⁷ ALEXY, Robert. “*Zum begriff des Rechtsprinzips*”. *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*. Beiheft 1. Berlin: Dunckler und Humblot, 1979, pp. 59-87 *apud* FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., p. 194.

⁵⁸ FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., p. 194.

⁵⁹ *Idem*, p. 196.

⁶⁰ *Idem*, p. 197.

⁶¹ GUASTINI, Riccardo, Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op. cit., p. 150.

⁶² *Idem*, p. 151.

imponen obligaciones absolutas sino obligaciones ‘*prima facie*’, que pueden ser ‘superadas’ o ‘derogadas’ por obra de otros principios”⁶³.

Para os fins deste estudo, a consequência mais importante da afirmação de que princípios apresentam caráter *prima facie* é a de que todos os direitos, garantias, deveres ou imunidades que deles se interpretam ou que eles determinam podem ser superados no caso concreto, ou, em outras palavras, são afastáveis – por juízos de ponderação - consoante as possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentem quando da sua aplicação.

1.1.1.2 Colisão de Princípios - A funcionalidade da Ponderação

“Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos principios tiene que ceder. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”⁶⁴. Assim inicia Alexy o trecho de sua obra no qual investiga o problema da colisão de princípios, que é questão importantíssima para a presente investigação, ingressando-se de plano no seu cerne: a ponderação⁶⁵.

Imagine-se que, tal qual as regras, princípios entrem em conflito: por exemplo, o Princípio da Presunção de Inocência *versus* a possibilidade de prisão preventiva ou temporária. A resolução da colisão não se dará pela introdução de uma exceção ao princípio (como Alexy defende ocorrer nos casos de conflito de regras), mas sim, como é cediço, mediante a *ponderação* dos princípios no caso concreto. A partir disso, alude-se a um raciocínio jurídico que, sob uma óptica lógica, apresenta três características principais: a) estabelecimento de hierarquia axiológica (dimensão de peso), orientada pelo caso concreto b) manutenção da validade do princípio rejeitado e c) construção de relações de precedência condicionada.⁶⁶

⁶³ Idem, p. 151.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 70.

⁶⁵ Não tão importante ao núcleo da investigação é a natureza da Ponderação: se princípio, se regra etc. Ainda que a mesma tenha sido qualificada como princípio por Alexy, ressalta-se o entendimento de que mais acertada é a compreensão da ponderação enquanto *metanorma*, consoante muito bem sustentado por Humberto Ávila, à qual denominou de *postulado normativo aplicativo*. 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. *Teoría dos Princípios*. 4.ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 88). Ademais, a ponderação não se trataria de um princípio porquanto suas determinações não configuram nenhum dos requisitos da definição estipulativa de princípio do próprio Alexy.

⁶⁶ O que se justifica pelo caráter *prima facie* dos princípios, conforme antes mencionado.

“Ponderar” é atribuir pesos a elementos que se relacionam, desconsideradas as características *materiais* que orientam esse sopesamento⁶⁷, ou, nas palavras de Alexy, é “establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo rango en abstrato, posee mayor peso en el caso concreto”.⁶⁸ Contudo, a sua utilização independentemente de critérios substanciais se torna inócua – visto que ela impescinde da inserção daqueles,⁶⁹ sob pena de tornar-se puro arbítrio, já que os princípios não regulam a sua própria aplicação. Nessa senda, Guastini salientou a necessidade da existência de critérios, já que a ponderação seria “el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate”,⁷⁰ ou seja, “una relación valorativa establecida (no por las propias fuentes sino) por el intérprete: precisamente, mediante un *juicio de valor*”⁷¹. Concluiu o mesmo autor que um dos princípios em conflito, por possuir um peso maior, ou ainda, um *valor* maior, prevalece – no sentido de ser o princípio aplicável ao caso concreto.

Da explanação ora posta é possível indagar acerca da manutenção da validade do princípio *rejeitado* pela ponderação. Os princípios, diversamente das regras, não teriam sua validade dependente da disjuntiva: “tudo ou nada (*all or nothing*)”, ou seja: são válidos e necessariamente se aplicam, ou não se aplicam e, *por isso*, não podem ser válidos. Na distinção entre o modelo de princípios e o modelo de regras, a relação da aplicação da norma com a sua validade é uma das grandes formas de distinguir tais espécies normativas (ainda que não esteja o critério imune a críticas ou mitigações). Por conseguinte, a validade dos princípios, para Alexy, é relativa às possibilidades fáticas e jurídicas existentes quando do seu cumprimento.⁷² É importante deixar claro que o princípio rejeitado na ponderação não será “poupado”, o que significa que ele efetivamente poderá não ser aplicado, sem que isso signifique a sua invalidade ou mesmo a sua violação (volta-se, pois, ao caráter de norma deontológica *prima facie*). Tanto é assim que Guastini alertou que

⁶⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 94.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 72.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 94.

⁷⁰ GUASTINI, Riccardo. “*Los principios en el derecho positivo*”, in GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría y metateoría de derecho*. op. cit., p. 170.

⁷¹ GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: 1993, p. 42ss. *apud* GUASTINI, Riccardo, Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op. cit., p. 70.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 72. Interessante é a análise de Figueroa acerca do ponto, quando afirma que a grande surpresa de Alexy e Dworkin com relação aos princípios – os quais podem não ser aplicados e, ainda assim, serem válidos – decorre da sua (con) fusão conceitual entre aplicação e validade da norma, ou melhor, entre ela pertencer ao sistema e ser ela aplicada. Nesse sentido, “la distinción entre reglas y principios parece surgir de una perplejidad fundamental: que ciertas normas (los principios) pertenecen al sistema jurídico, pero no siempre obtienen aplicación” (In: FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Principios*

obsérvese: en este contexto, ‘ponderar’ *no* significa atemperar, esto es, encontrar una solución que tenga em cuenta ambos os principios en conflito, que los aplique o los sacrifique a ambos. La ponderación consiste más bien en sacrificar un principio aplicando el otro.⁷³

Por fim, passa-se à análise da questão acerca da “relações de precedência condicionadas”. Visando a estruturar a ponderação, Humberto Ávila apresentou, em sua teoria de princípios, as seguintes etapas como fundamentais à realização do sopesamento: a) preparação da ponderação (*Abwägungsvorbereitung*); b) realização da ponderação (*Abwägung*) e c) reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*).⁷⁴ Para os fins deste estudo, importa deter-se com mais cuidado na última etapa (quanto às anteriores, significavam, em síntese e respectivamente, a prévia análise de argumentos e dos elementos do sopesamento o mais exaustivamente possível, bem como a fundamentação da relação estabelecida entre os princípios sopesados⁷⁵). A reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*) apresenta, especialmente em Alexy, inúmeras consequências para a resolução de uma colisão de princípios. Trata-se de concluir a ponderação com a construção de uma regra acerca da relação de preferência entre os princípios, a qual teria, nas palavras de Ávila, “pretensão de validade para além do caso”,⁷⁶ indicando em que condições um princípio sempre teria – ou deveria ter - primazia em relação ao outro.

Considerando a abstração da afirmação, necessária a análise de um caso concreto. O caso Lebach⁷⁷ é um exemplo que muito se presta a esse fim. Tratava-se de uma emissora de canal de televisão alemã que noticiava, com elevada frequência, documento acerca de assassinato de soldados em localidade próxima a Lebach. Um dos co-autores do crime, que estava prestes a receber liberdade condicional, ingressou com uma ação pretendendo a abstenção da emissora na reapresentação da notícia, sob pena de o autor ter a sua ressocialização prejudicada.⁷⁸

O exemplo supra foi utilizado por Alexy para explicar a construção das relações de precedência condicionada. Ele considerou que, no caso, colidiam o princípio da proteção da honra e o princípio da liberdade de informação ou manifestação, os quais, ressaltou, possuíam

y positivismo jurídico, op. cit., p. 202).

⁷³ GUASTINI, Riccardo, Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op. cit., p. 170.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 95/96.

⁷⁵ Idem, ibidem.

⁷⁶ Idem, ibidem.

⁷⁷ ALEMANHA. BverfG. Lebach 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.

igual peso em abstrato: enquanto o direito à honra proibia, *prima facie*, a emissão da notícia, o direito a liberdade de expressão, pelo contrário, permitia-a.⁷⁹ Ao final, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que

en caso de una ‘repetición de una información sobre un delito grave, que no responde ya a intereses informativos actuales’ que ‘pone en peligro la resocialización, del autor’ (C2), tiene precedencia la protección del derecho al honor (P1) frente a la libertad de información (P2), lo que en el caso que hay que decidir significa que la transmisión de la información está prohibida.⁸⁰

Do trecho da decisão da Corte Alemã, obtém-se uma relação de precedência condicionada⁸¹: C2 (suporte fático) → P1 (consequência), ou seja, sempre que houver a repetição, sem interesse atual, de delito grave, havendo perigo de ressocialização do condenado, incide a proibição decorrente do princípio da proteção à honra. Seria esta regra uma norma (adstrita) de Direito Fundamental porque “como resultado de toda a ponderação jusfundamental correta, pode-se formular uma norma adstrita de direito fundamental com carácter de regra, na qual se subsume o caso”, consoante defendeu o constitucionalista Alemão.⁸²

Por fim, e este é um ponto nevrálgico para os fins deste estudo, Alexy, ao estabelecer essas relações de preferência, visou, em realidade, à construção de uma ordem genérica de preferência dos direitos fundamentais da Lei Fundamental – enquanto princípios. Portanto, ainda que tenha descartado a existência de uma ordem de valores objetiva e forte, acolheu, inegavelmente, uma ordem de valores “débil”, partindo tanto das preferências *prima facie* de determinado princípio, quanto da rede de decisões concretas de preferência.⁸³

1.1.2 O princípio da proporcionalidade na Hermenêutica Filosófica⁸⁴

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 76.

⁷⁹ Idem, p. 77.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 78.

⁸¹ É a reconstrução da ponderação: a denominação relação de precedência condicionada decorre da idéia, defendida por Alexy, de que somente é possível obter regras a partir da colisão de princípios no caso concreto, porquanto os mesmos apresentam iguais pesos em abstrato. A idéia de relação de preferência *condicionada*, e não absoluta, decorre de que a preferência de um ou outro princípio será diretamente influenciada pelas demais razões jurídicas (as regras e os princípios que lhe estão contrapostos), bem como pelas condições fáticas.

⁸² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 76.

⁸³ Idem, p. 134.

⁸⁴ Segundo Maria Luiza Streck, “devemos entender a hermenêutica filosófica como condição de ser no mundo, onde a interpretação se dará a partir das pré-compreensões inerentes aos aplicadores do direito”. (In: STRECK, Maria Luiza. *Direito Penal e constituição*, op. cit., p. 84).

Diversamente de Luciano Feldens e Douglas Fischer, os quais, conforme o trecho anterior, conceituam a proporcionalidade a partir da Teoria da Argumentação Jurídica, aceitando a utilização da ponderação como forma de solução de conflitos de princípios constitucionais, Lenio Luiz Streck e Maria Luiza Streck discordam de tal compreensão. Na obra de Lenio Streck, em especial, é possível verificar a alteração no seu conceito de proporcionalidade a partir da publicação do artigo “*O princípio da proibição de proteção deficiente e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*”⁸⁵, quando chegou a afirmar que “assim, e até mesmo revisando algumas posições minhas acerca do princípio da proporcionalidade -, penso que o princípio da proporcionalidade não tem (e não pode ter) o mesmo significado que tem para a teoria da argumentação jurídica”⁸⁶. No mesmo sentido, Maria Luiza Streck, desde sua obra inicial, sustentou a posição acerca da proporcionalidade já advogada pelo referido autor⁸⁷.

Portanto, ambos encampam um conceito de proporcionalidade concebido a partir da hermenêutica filosófica, na qual

o princípio da proporcionalidade é (apenas) um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve ser razoável, isto é, deve obedecer (sic.) uma reconstrução integrativa do direito (e da legislação), para evitar interpretações descricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de “grau zero de sentido”, que, sob o manto do aso concreto, venham a estabelecer sentidos para aquém ou além da Constituição (veja-se que o próprio Habermas admite o uso da proporcionalidade, se esta ocorrer nos espaços semânticos estabelecidos nos discursos de fundamentação, que tem em uma constituição democrática o seu corolário).⁸⁸

Destaca-se que a inaceitação da teoria da proporcionalidade nos termos da Argumentação Jurídica por tais doutrinadores decorreria da sua – alegada – incapacidade em solucionar, efetivamente, a questão da discricionariedade nos ditos “*hard cases*” do positivismo. Para este, os casos difíceis – nos quais inexistia regra no ordenamento jurídico a subsumir – eram deixados a cargo do juiz resolver, *discricionariamente*.⁸⁹ Já para a Argumentação Jurídica, em tais casos se utiliza a ponderação de princípios, de tal forma que, na compreensão de Lenio Streck e de Maria Luiza Streck, a arbitrariedade –

⁸⁵ STRECK, Lenio 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.

⁸⁶ Idem, p. 13-4.

⁸⁷ “Lenio Streck, por meio do seu trabalho envolvendo a hermenêutica filosófica, afirma que o princípio da proporcionalidade não pode – e não deve – ter o mesmo significado que lhe dá a Teoria da Argumentação”. (In: STRECK, Maria Luiza. *Direito Penal e constituição*, op. cit., p. 74-5).

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*, op. cit., p. 14.

discricionariedade - permaneceria, já que tudo ainda estaria a depender da escolha do juiz – pois caberia ao intérprete estabelecer qual o princípio aplicável.⁹⁰

Por conseguinte, enquanto defensores da tese da “*resposta correta*” – na qual estaria vedada, obviamente, a noção de discricionariedade (“liberdade de escolha entre modos de comportamento diversos”⁹¹) – os presentes doutrinadores não se compatibilizam com teorias que aceitam uma certa margem de ação do legislador e do juiz. Tanto é assim que, nas palavras de Lenio Streck,

Enquanto a teoria da argumentação jurídica compreende os princípios apenas como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como uma abertura interpretativa, o que chama a colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação – isto é – diminuindo ao invés de aumentar – o espaço de discricionariedade do intérprete”.⁹²

Nesse diapasão, proporcionalidade, para Lenio Streck, seria “o nome dado à necessidade de coerência e integridade do direito”⁹³, e, para Maria Luiza Streck, a ideia de *equanimidade* (Dworkin), cujo uso adequado tem o propósito de preservar a *integridade* do direito, eventualmente violada pela legislação ou pela decisão judicial.⁹⁴ Citando Dworkin, a referida autora preconiza que:

“a integridade é diferente da justiça e da equanimidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem justiça e equanimidade (tratamento igual). A equanimidade relaciona-se com a estrutura correta do funcionamento, a partir do devido processo legal, da supremacia legislativa, da aplicação do precedentes, enfim, do respeito à integridade e da coerência do direito”.⁹⁵

Por fim, a dita equanimidade da proporcionalidade atuaria de forma a evitar a margem de ação do juízo: pois esta noção (re)introduziria a intersubjetividade aos institutos, retirando-lhe a discricionariedade.⁹⁶

1.2. RELAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COM O DIREITO PENAL – TEORIA CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO PENAL

⁸⁹ Idem, p. 14.

⁹⁰ Idem, p. 14, e STRECK, Maria Luiza. *Direito Penal e constituição...*, p. 75.

⁹¹ CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 230.

⁹² STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria crimina*, op. cit., p. 15.

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ STRECK, Maria Luiza. *Direito Penal e constituição*, op. cit., p. 86-7.

⁹⁵ Idem, ibidem.

No ponto, indispensável uma breve análise do porquê de uma teoria constitucional do bem jurídico penal. Para tanto, necessário que se verifique como o conceito de bem jurídico penal de determinada época está intimamente relacionado com a sua própria historicidade, ou seja, com as questões mais relevantes naquele momento.

1.2.1. Por um conceito de Bem Jurídico Penal: breve evolução histórica

*“A noção de bem jurídico [...] não pôde, até ao momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-lo em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”.*⁹⁷

O conceito de bem jurídico penal, em conformidade com o pensamento filosófico individualista da época do surgimento do Direito Penal enquanto ciência (iluminismo), inicialmente foi relacionado aos bens corpóreos, como vida, liberdade e patrimônio, construção, esta, então apresentada por Birnbaum⁹⁸. Em seguida, diante da identificação logo surgida entre o bem jurídico penal e os direitos subjetivos, a qual já havia sido, inclusive, renunciada por Feuerbach, buscou-se frear a exacerbada criminalização a partir da compreensão de que o Direito Penal não pode ter por objeto a tutela de direitos subjetivos, mas apenas a de bens jurídicos⁹⁹.

Por sua vez, as duas primeiras décadas do séc. XX foram trágicas para a doutrina penal: surgiu na Alemanha um conceito metodológico do Direito Penal, de caráter normativista, ligado às idéias neokantianas próprias da “Escola de Baden (Windelband, Rickert, Lask)”¹⁰⁰, a qual buscou afastar tal ramo do direito do legalismo ou do positivismo em auge na época, dando relevo ao caráter teleológico do próprio bem jurídico, pensado como uma mera “fórmula interpretativa do tipo”¹⁰¹. Para Luiz Luisi, o grande problema de tal

⁹⁶ Idem, p. 87.

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

⁹⁸ BIRNBAUM. *Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, Archiv des Criminalrechts, 1834, p. 149 ss *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 44.

⁹⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. In: *Tratado de Derecho Penal*. Trad. esp., 2 ed. Buenos Aires: Hamurabi: 1989, p. 63 *apud* LUISI, Luiz. *Bens constitucionais e criminalização*. *Revista CEJ*, v. 2, n° 4, jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/138/226>> Acesso em: 14 abr. 2009.

¹⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, p. 44.

¹⁰¹ Idem, ibidem.

doutrina foi – especialmente a partir de Richard Honig¹⁰² - “confundir o bem jurídico com o fim da norma incriminadora, e desse modo frustrar os propósitos de fazer do bem jurídico um instrumento de disciplina e de contenção da atividade criminalizadora”¹⁰³, pensamento muito semelhante ao de Figueiredo Dias, que muito a criticou:

A atribuição ao bem jurídico de uma função puramente hermenêutica significaria, sempre, deste modo, o seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula conhecida (e respeitável) da interpretação teleológica da norma.

Segundo Zaffaroni, Edmund Mezger foi o grande doutrinador penal dessa época, tendo influenciado a compreensão do conceito de crime durante todo o período da Alemanha nazista (informação verbal)¹⁰⁴. Explicou o jurista argentino que, para os então neokantianos alemães, o mundo seria algo fora de ordem. Contudo, nas ciências jurídicas e sociais, como o Direito, era necessário que houvesse uma ordem, a qual seria providenciada pelo *valor jurídico*. Assim, o que não estivesse na lei, embora pudesse estar no mundo, não estaria *ordenado*, de tal modo que os únicos dados em ordem são os previstos em lei, porque *ordenados* por ela (informação verbal)¹⁰⁵. É o valor jurídico que ordenaria a realidade, ainda que de forma arbitrária: o jurista possui apenas a lei, e o que ela determina, é o que *vale*, o que tem *valor*, independentemente do que isso, faticamente, possa vir a ocasionar. Conforme Zaffaroni, essa doutrina explica, em parte, como foi possível a ocorrência do genocídio de mais de 150 milhões de pessoas na Alemanha durante o nazismo, sem que se questionassem as determinações das leis vigentes no então Estado totalitário alemão (informação verbal)¹⁰⁶.

Depois de tantas dificuldades e equívocos na busca de um conceito de bem jurídico (e, portanto, de um conceito material de crime), foi possível verificar que em todas as teorias precedentes restavam ausentes – ao menos conjuntamente – os seguintes (e indispensáveis)

¹⁰² HONIG, R. *Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Die Geschichte des Einwilligungungsprobleme und die Methodenfrage*. Mannheim, Berlin, Leipzig: Bensheimer: 1919, p. 62 *apud* LUISI, Luiz. *Bens constitucionais e criminalização*. **Revista CEJ**, v. 2, n° 4, jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/138/226>> Acesso em: 14 abr. 2009.

¹⁰³ LUISI, Luiz. *Bens constitucionais e criminalização*. **Revista CEJ**, v. 2, n° 4, jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/138/226>> Acesso em: 14 abr. 2009.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ 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. O eminente penalista prosseguiu a explanação, sustentando, ainda, que se torna muito mais fácil compreender por que o principal doutrinador penal alemão imediatamente posterior a Mezger e ao nazismo, qual seja, Welsel, apresentou uma teoria acerca do bem jurídico-penal ligada a um inegável renascimento do jusnaturalismo, a partir de um conceito de crime intrinsecamente atrelado à ética, à moral e ao

elementos: a) um conteúdo mínimo material útil e substancial contido no conceito de bem jurídico; b) um padrão de legitimação do legislador penal que seja externo ao Sistema punitivo, mas interno ao Sistema Social – pela necessidade de ofensividade da conduta - e c) que seja político-criminalmente pré-orientado¹⁰⁷.

Diante disso, restou a indagação: como seria possível conjugar um conceito necessariamente externo ao sistema quanto ao Direito Penal, mas interno ao sistema quanto à sociedade? Uma das respostas apresentadas foi a da “Teoria da Sociedade”, seja pela forma de Teoria Crítica, ou pela forma de Teoria do Sistema Social, as quais foram usadas, cada uma a seu modo, por penalistas como Jakobs, Amelung e Stratenwerth¹⁰⁸. Compartilham tais teorias a idéia de que a criminalização somente é legítima quanto às “disfuncionalidades sistêmicas dos comportamentos”¹⁰⁹ sociais. Contudo, Figueiredo Dias defendeu a sua incapacidade de atender à necessidade de concretude, aduzindo, em síntese, que “com apelo directo a tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização”. Portanto, foi outra proposta que se apresentou mais adequada: a teoria constitucional do bem jurídico-penal.

1.2.2 Bem Jurídico no Sistema Constitucional

A análise – sucinta, é verdade – da história do bem jurídico penal possui como finalidade a busca da compreensão do surgimento de tais teorias, das suas superações, dos seus equívocos e, certamente, das suas contribuições para o atual estado da arte da doutrina penal. O que deve ser notado, com clareza, é que não por acaso se chegou a uma teoria *Constitucional* do Bem Jurídico Penal. Compreendida a incapacidade das teorias anteriores para a construção do um conceito material de bem jurídico – e daí de crime –, bem como apresentados os critérios mínimos para que uma futura teoria pudesse alcançar tal finalidade de forma efetiva¹¹⁰, o problema subsequente foi vencer, na prática, a dificuldade de a construir. Isso porque a exigência da construção de uma teoria externa ao Sistema Penal, mas

meio social, decorrente, pois, da urgente necessidade de impor limites ao legislador penal.

¹⁰⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 45-6.

¹⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 46.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*.

¹¹⁰ Conforme referido em trecho prévio do texto, seriam estes os mínimos critérios: a) um conteúdo mínimo material útil e substancial contido no conceito de bem jurídico; b) um padrão de legitimação do legislador penal que seja *externo* ao Sistema punitivo, mas interno ao Sistema Social – pela necessidade de ofensividade da conduta e c) que seja político-criminalmente pré-orientado (In: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., pp. 45-46).

interna ao Sistema Social significava não apenas limitar o legislador, mas também tornar mais concreto o conceito de crime.

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”¹¹¹. 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.¹¹²

Por conseguinte, a referida teoria veio a realizar a árdua tarefa de limitar externamente o Direito Penal, o que alcança através do dever de conformidade material e formal do legislador penal com a Constituição (ao menos, em se tratando de Constituições rígidas¹¹³). Da mesma forma, possibilitou uma maior concretude do conjunto de bens merecedores de tutela penal (e, por isso, um maior controle do legislador penal), a partir da idéia de que a Constituição positivou os valores supremos ou fundamentais de uma dada Sociedade¹¹⁴.

Há mais um fator que foi fundamental na idealização da teoria constitucional do bem jurídico-penal: a análise das determinações da Constituição de cada nação. Não por acaso os países pioneiros no desenvolvimento dessa doutrina – Itália¹¹⁵ e Portugal¹¹⁶ – apresentam em suas constituições uma norma expressa - e estrita - muito peculiar, a qual somente legitima eventuais restrições a bens, a garantias e a direitos constitucionais na medida em que

¹¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 47.

¹¹² Idem, p. 47-8.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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*.

¹¹⁵ Especialmente com o trabalho de Franco Bricola (1973), efetivamente o precursor de toda a teoria, e de Francesco Palazzo, cuja obra ganhou grande notoriedade fora de Itália (principalmente no trabalho “*Valori costituzionali e diritto penale*”, publicado nos idos de 1985).

¹¹⁶ Especialmente no aclamado trabalho de Maria da Conceição Ferreira da Cunha (*Constituição e Crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995).

necessárias para a tutela de outros bens, garantias e direitos de *igual valor* ou mesmo de *maior valor*.¹¹⁷

A norma do art. 18, inciso 2º da Constituição da República Portuguesa merece, inclusive, uma maior atenção. Determinando que “a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, essa regra criou diversos requisitos para a realização de restrições a direitos fundamentais. O primeiro deles – e o mais problemático – foi a exigência de que a Constituição permita, expressamente, a restrição ao direito fundamental, visando, sem dúvida, a uma maior vinculação do legislador. A dificuldade, especificamente para o direito penal, foi no sentido de que, é muito raro que uma Constituição expressamente permita uma intervenção em um direito fundamental por meio do direito penal.

Em realidade, não é da essência, nem da história desse ramo do direito um fechamento/rigidez no âmbito de liberdade do legislador quanto ao *objeto da criminalização* (quanto à conduta que pode ser criminalizada), como se verificou nos trechos antecedentes deste estudo. Tenta-se, a todo custo, dar forma a limites para a sua liberdade de conformação, com a imposição dos requisitos da ofensividade e da tutela de bens jurídico-penais.

Em Portugal, a solução obtida para viabilizar a criminalização de condutas, o que inegavelmente significa a restrição a direitos fundamentais, foi a criação doutrinária das “restrições não expressamente autorizadas pela constituição”. Seriam elas decorrentes da “[...] necessidade de conjugar ou compartilhar os direitos fundamentais com outros direitos ou bens constitucionais”¹¹⁸. Por conseguinte, e esse é o ponto importante, a interpretação da doutrina e jurisprudência portuguesa é no sentido de que, sem autorização expressa da constituição, somente é legítima a criminalização de uma conduta (o que gera a restrição, no mínimo, do direito fundamental de liberdade) caso a norma enseje a salvaguarda de outro direito, interesse ou garantia constitucionalmente protegidos¹¹⁹. Desse modo, haveria uma cláusula de “reserva

¹¹⁷ Na Constituição da Itália, tal norma consta em seu art. 13; na Constituição da República Portuguesa, no art. 18, n. 2.

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4 ed. Portuguesa. 1. ed. Brasileira. 1 v. São Paulo: RT e Coimbra (Co-edição), 2007, 1.v, p.390. Prosseguem os constitucionalistas portugueses afirmando que tais limitações não expressas foram criadas porque indispensáveis para “[...] resolver casos de ponderação de conflitos entre bens e direitos constitucionais” (In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p.391).

¹¹⁹ Idem, ibidem.

constitucional de bem”¹²⁰, vedando-se a restrição a direito fundamental com base em bem infraconstitucional ou mesmo extraconstitucional.

Do exposto, resta muito claro que, para tais doutrinadores, a viabilidade do sistema penal dar-se-ia somente através da criminalização de bens jurídico-penais inseridos no texto da Constituição. Daí o porquê de uma teoria constitucional do bem jurídico-penal: cumpra-se, assim, a determinação de que a restrição de direito fundamental deve estar teleologicamente vinculada à salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido. Por fim, importante ressaltar que, na CRFB de 1988, *inexiste* expressamente tal cláusula, o que não pode ser ignorado quando são acolhidas, no Brasil, teorias (estrangeiras) acerca da natureza do bem jurídico-penal.¹²¹

1.2.2.1 Teorias Constitucionais Amplas e Estritas do Bem Jurídico-Penal

Compreendida a relação de “mútua referência” entre a Constituição e o bem jurídico-penal, cabe distinguir entre duas teorias que concretizam tal exigência: a) teoria constitucional ampla do bem jurídico-penal e b) teoria constitucional estrita do bem jurídico-penal. A primeira caracteriza-se pela idéia de que a constituição não seria um fundamento obrigatório de dedução do objeto da criminalização, mas somente um marco referencial¹²², sem se exaurir a atividade de criminalização na proteção exclusiva de bens albergados na carta constitucional¹²³. Aparentemente encampando essa vertente, refere Figueiredo Dias que a relação entre ambos “[...] não será de ‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da tutela – de fins”¹²⁴.

A teoria constitucional estrita do bem jurídico-penal, por sua vez, somente aceita que os bens penais estejam expressamente inscritos na constituição, sendo que ao legislador não

¹²⁰ Idem, p.392.

¹²¹ Isso não significa repúdio à sua adoção, mas apenas que é indispensável, antes de acolher uma teoria estrangeira, verificar as peculiaridades de cada sistema jurídico – suas semelhanças e diferenças -, bem como as condições de sua aplicação em ambos. Dessa maneira, enquanto na Itália e em Portugal há uma norma constitucional expressa, na qual se verificam muito claramente as conclusões doutrinárias por eles apresentadas acerca da necessidade de que o bem jurídico-penal seja também um bem expresso na constituição, no Brasil tal norma não consta expressamente da Constituição. Por conseguinte, será necessária, para a sua aceitação, a superação de um ônus argumentativo muito maior do que o existente naquelas nações, o que não pode ser ignorado. Não é, pois, no Brasil, algo “dado” ou “imane do Estado de Direito”, a relação de referibilidade entre a constituição e o objeto da criminalização: é preciso construí-la com consistentes argumentos.

¹²² GOMES, Luiz Flávio. *Bem jurídico e constituição*. São Paulo: RT, 2002 (Série As Ciências Criminais no Século XXI, 5v.), p. 92.

¹²³ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002 (Série As Ciências Criminais no Século XXI, 7v), p. 44.

seria permitida qualquer contrariedade à ordem de valores constitucional¹²⁵. Esta vertente é muito forte na Itália, cujos doutrinadores, metaforicamente, vislumbram o direito penal como potencial espelho da constituição, de tal forma que “[...] todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de criminalização, independente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de valores constitucionais”¹²⁶.

Por fim, cabe questionar qual vertente integram os doutrinadores componentes do objeto da investigação deste trabalho. Inicialmente, Luciano Feldens refere que “é indiscutível a tendência, tanto quanto sedutora a idéia, de visualizar a Constituição como fonte exclusiva de validade das normas penais incriminadoras”¹²⁷. Ademais, menciona que a exigência de uma relação muito estreita entre o bem jurídico penal e a Constituição ocasionaria remeter o legislador a um catálogo demasiadamente fechado, transformando o bem jurídico como um componente de um sistema estático¹²⁸. Conclui ele, por fim, pela adoção da concepção mais ampla, de modo que “a tarefa do legislador em primeiro plano, e do intérprete, em segunda análise, consistiria em localizar pontos de apoio que permitam a recondução do objeto de tutela a um referente constitucional”¹²⁹. Por sua vez, o jurista Lenio Luiz Streck encampa a teoria constitucional do bem jurídico, sem, contudo, ser possível afirmar sobre qual das vertentes se direciona sua obra, conforme se verifica da afirmação de que

desvela-se um tendência de ampliação da esfera de intervenção estatal penal, não só pela recorrente presença de indicações ampliadoras do direito penal manifestamente expressas na carta Magna, mas também pela ampliação do rol de bens que foram elevados ao patamar constitucional e, em razão disto (sic), podem, com legitimação constitucional, ser tutelados penalmente.¹³⁰

De qualquer sorte, defende categoricamente o jurista que “a simples positivação de tais valores indica senão a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarida de tais bens”¹³¹ e ainda que “há, nitidamente, uma crise que envolve a concepção de bem jurídico [...]. Urge, pois, um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos, como forma de adaptá-los à sua dignidade constitucional”¹³².

¹²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 48.

¹²⁵ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, op. cit., p. 47.

¹²⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, op. cit., p. 60.

¹²⁷ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*, op. cit., p. 51.

¹²⁸ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*, op. cit., p. 52.

¹²⁹ Idem, p. 53.

¹³⁰ STRECK, Lenio 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*, op. cit., p. 7.

¹³¹ Idem, ibidem.

¹³² 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*, op. cit., p. 247.

Importa ainda noticiar que também Douglas Fischer¹³³ e Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁴ adotam essa perspectiva no trato da relação entre Direito Penal e Constituição.

De todo modo, o que mais importava para o presente ponto, além da breve referencia à existência de uma teoria constitucional ampla e outra estrita do bem jurídico-penal, era buscar, na obra dos doutrinadores em exame, trechos nos quais eles claramente acolhessem a teoria constitucional do bem jurídico-penal (seja a ampla ou a restrita). Isso porque, como se visará a demonstrar no capítulo a seguir, tal relação de referibilidade do Direito Penal frente à Constituição acarreta consequências bastante específicas no que se refere à *ampliação da* legitimação do legislador ordinário penal na criminalização de condutas.

1. 3. A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE DE CANARIS

1.3.1 Restrições a direitos fundamentais

Existem limites ao exercício de direitos fundamentais? Tende-se, de imediato, a afirmar que sim; afinal, os direitos fundamentais não são ilimitados. A resposta positiva à questão, embora possa ser incontroversa, sonega as grandes discussões prévias. Hoje, sem dúvida, um dos temas mais difíceis da dogmática dos direitos fundamentais diz respeito às complexas imbricações da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (ou eficácia perante terceiros – *Drittwirkung*) e do dever de proteção dos direitos fundamentais pelo poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*). Os direitos fundamentais, tais como dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são direitos definitivos, ou podem sofrer restrições, sendo, portanto, direitos *prima facie*¹³⁵? Se são passíveis de serem restringidos, por que e em que medida? Quais as consequências da relação entre dois sujeitos titulares de direitos fundamentais, cujo exercício concomitante de tais prerrogativas implica uma colisão? Qual o papel do Estado em tal relação?

¹³³ Retornando às lições de Canotilho, Douglas Fischer refere que “tendo a Lei Maior uma função paramétrica, num Estado Democrático a seleção normativa do que deverá ser penalizado incumbe ao legislador democrático nos termos da constituição” (In: FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*, op. cit., p. 121).

¹³⁴ Preconiza o consagrado jurista que “[...] a discussão em torno das funções e limites do direito penal num (sic) Estado Democrático de Direito passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional [...]” (In: 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*, op. cit., p. 79).

¹³⁵ Nesse ponto, retoma-se o que já se havia dito quando da análise da teoria de Alexy, especialmente às p. 28-31 deste estudo.

Postas essas questões, é necessário, antes de respondê-las, analisar o conceito de restrição. Segundo Canotilho, tal definição “reconduz-se, nuns e noutros direitos, a uma afectação desvantajosa de direitos ou liberdades juridicamente protegidos”¹³⁶. Acerca da sua natureza, existem duas teorias juspublicistas divergentes: a) teoria interna ou teoria dos limites imanentes e b) teoria externa ou de intervenção e dos limites¹³⁷. Aquela parte de premissas como: a) os limites são intrínsecos aos direitos, que não nascem ilimitados e b) o conteúdo definitivo do direito é – desde sempre – o direito “nascido” com limites.¹³⁸ Já a teoria externa defende que: a) os direitos fundamentais e suas restrições são coisas diferentes e b) as restrições são sempre desvantagens aplicadas externamente aos direitos.

Contudo, sobre o conceito de restrição é preciso dizer mais. As limitações aos direitos podem decorrer de diversos fatos: leis que apresentam outros requisitos para o exercício de direitos fundamentais além dos previstos na Constituição, sentenças judiciais privativas de liberdade, decisão de prisão preventiva, expropriação de propriedade, proibição de manifestação pela autoridade administrativa etc.¹³⁹ Contudo, não somente de atos do poder público podem emanar limitações negativas a direitos fundamentais, tolhendo-lhe a fruição: também sujeitos privados, titulares de direitos fundamentais, podem limitar e ter seus direitos limitados, mutuamente, por outro sujeito, da mesma forma titular de tais direitos e de igual hierarquia (trata-se das intervenções restritivas privadas, *Privateingriff* ou mesmo *Eingriff Privater*). Por essa razão, Canotilho defende um conceito bastante amplo de restrição, o qual denominou de “Intervenções Restritivas”, as quais seriam “[...] os actos, actividades ou comportamentos (públicos ou privados), que produzem uma redução ou encurtamento do âmbito de protecção de um direito”¹⁴⁰.

Para que esse conceito fosse de todo compreendido, Canotilho apresentou uma distinção muito próxima – e com ela relacionada – da feita pela teoria externa: uma coisa seria o âmbito de protecção de bens jurídicos por um direito fundamental, ou o dito âmbito normativo; outra, o “âmbito de garantia efetiva”¹⁴¹. Aquele significaria que existe um bem constitucionalmente protegido, cuja tutela, dentro de certas condições, seria *incapaz* de impedir a imposição de medidas desvantajosas provenientes de sujeitos de direito públicos ou

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 343.

¹³⁷ Idem, p. 343-4.

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 349.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 388.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 346.

¹⁴¹ Idem, ibidem.

privados, sem que essas ingerências fossem tidas por ilícitas ou indevidas¹⁴². Ou seja, os efeitos da proteção seriam *prima facie*, dependentes, pois, das características da norma que os dispõem (se regra ou princípio, se com autorizações expressas de hipóteses de restrição etc), bem como das peculiaridades do caso concreto (por exemplo, quando a desvantagem se origina de uma decisão judicial). Por sua vez, qualquer intervenção no âmbito de garantia efetiva, independentemente da finalidade, seria de todo – e insuperavelmente – indevida e ilícita¹⁴³.

Como exemplo, o constitucionalista português faz referência ao famoso caso “*Strauss-Karikatur*”. Tratava-se de um artista caricaturista que desenhou a figura de um porco a copular, o qual era de plano identificável com o, à época, presidente do governo da Baviera, Franz-Joseph Strauss¹⁴⁴. Analisando-o com base na distinção apresentada nos parágrafos antecedentes deste estudo, Canotilho sustentou que “uma coisa é o âmbito de protecção do ‘direito à caricatura’ como forma de expressão da liberdade artística e da liberdade de expressão, e, outra coisa, é o âmbito efectivamente garantido por esses direitos *àquela* forma de expressão”¹⁴⁵. Desse modo, utilizou-se, o autor português, das premissas da teoria externa, para a qual o *âmbito de garantia efetivo* seria o âmbito de proteção *definitivo* depois de estabelecidas as restrições. Assim, embora em uma análise rápida a ação do caricaturista estivesse no âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão, concluiu-se que, no caso concreto, não estava ela efetivamente garantida, necessitando ser limitada, para que, em colisão com o direito à imagem e ao nome do então Presidente ironizado, não os restringisse de forma inaceitável.¹⁴⁶

Entretanto, a maior dificuldade, frise-se, não é aceitar que existem, em certos casos e com base em determinados critérios, restrições a direitos fundamentais, mas sim estabelecê-los e encontrar uma maneira de controlá-los intersubjetivamente. Há, é verdade, vezes em que a própria Constituição determina um limite ao direito fundamental, cabendo à lei apenas o aclarar¹⁴⁷: nessa hipótese, já teria ela mesma definido o âmbito de proteção efetivo do qual mencionava Canotilho (é o que se verifica no inciso LXIV do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988). Pode, ainda, a Constituição remeter à lei ordinária tão somente a

¹⁴² Idem, p. 346/347.

¹⁴³ Idem, p. 347.

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, op. cit, p. 342.

¹⁴⁵ Idem, p. 347.

¹⁴⁶ Idem, ibidem.

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 389.

delimitação de um aspecto específico de determinado direito fundamental¹⁴⁸, como, por exemplo, no inciso LXI do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, hipótese na qual teria a lei fundamental definido, quase integralmente, o âmbito de proteção efetivo, ou, em outras palavras, o direito fundamental em definitivo. Por fim, e estes são os casos mais recorrentes, a Constituição pode remeter à lei toda a delimitação geral do âmbito do direito¹⁴⁹, como ocorre no inc. VII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988.

Enquanto nas duas hipóteses anteriores a essa havia uma grande vinculação constitucional da lei, no último caso os limites da liberdade de conformação do legislador se apresentam bem mais abertos, ainda que se pudesse concordar com Canotilho e defender que, nessa hipótese, “a liberdade de conformação legislativa tem como limite a garantia de um *mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante* do direito legalmente delimitado”. Dentre as hipóteses enumeradas acima, não está incluído o caso em que a Constituição define um direito sem, ela mesma, apresentar qualquer limite a ele e sem, da mesma forma, permitir – expressamente – que a lei ou o poder judiciário o faça, como, por exemplo, se pode observar no inc. IV do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Isso significa, pois, que não é possível sobre tais direitos recaírem restrições? A doutrina portuguesa – que já tem estudos muito avançados sobre o tema¹⁵⁰ - entende que, ainda assim, estariam permitidas intervenções – as chamadas “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”¹⁵¹ -, desde que¹⁵²:

(a) a lei se limite a ‘revelar’ ou concretizar limites de algum modo presentes na Constituição [...]; (b) que a definição de tais limites seja o único meio de resolver conflitos de outro modo insuperáveis entre direitos constitucionais de idêntica natureza; (c) que tais limites reduzam o âmbito do direito ou direitos atingidos apenas na medida estritamente necessária à superação do conflito.¹⁵³

Em última análise, a importância do estudo das restrições a direitos fundamentais, principalmente as não autorizadas pela Constituição, decorre da sua imprescindibilidade para resolução de casos de colisão de direitos fundamentais entre sujeitos de mesma hierarquia e igualmente titulares de direitos. Diante das colisões de direitos fundamentais (que, embora

¹⁴⁸ Idem, ibidem.

¹⁴⁹ Idem, ibidem.

¹⁵⁰ Sobre o assunto, vide NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

¹⁵¹ Expressão a qual se pega de empréstimo do título do livro de Jorge Novais (In: NOVAIS, op. cit., *passim*).

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 389.

¹⁵³ Importa ainda salientar que esse ponto já havia sido antes mencionado, quando da análise da teoria constitucional do bem jurídico¹⁵³, o que demonstra que tais construções doutrinárias são efetivamente interdependentes, conforme análise das p. 36-39.

limitando o poder, se afirmam ilimitados¹⁵⁴), é o Estado, em especial o legislador ordinário e o magistrado, chamado a atuar, delimitando as esferas de direito de sujeitos jurídicos, a partir da sua organização e do manejo da ordem jurídica¹⁵⁵.

Por conseguinte, não é mera casualidade que a teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy tenha sido tão bem acolhida, já que ela seria capaz de explicar e solucionar, satisfatoriamente, os problemas de restrições e limites a direitos fundamentais e vai ao encontro da sua teoria externa. Ao afirmar que os direitos fundamentais são princípios, ele os assume enquanto direitos *prima facie*, os quais, somente depois de ponderados – ponderação essa que poderá já ter sido feita pela lei, ou, se não, ocorrerá no caso concreto – é que se apresentam com seu conteúdo em definitivo.

Portanto, a consequência mais importante da afirmação de que princípios apresentam caráter *prima facie* é a de que todos os direitos, garantias, deveres ou imunidades que deles se interpretam ou que eles determinam *podem* ser superados no caso concreto, ou, em outras palavras, são afastáveis – por juízos de ponderação - consoante as possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentem quando da sua aplicação, quando então, feitas as ponderações, obter-se-ão os âmbitos definitivos dos direitos fundamentais.

1.3.2 Deveres de Proteção dos Direitos Fundamentais pelo Estado

A maioria dos doutrinadores da Teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização adotou a teoria *externa* dos direitos fundamentais, uma vez que se utilizaram da noção de Direitos Fundamentais enquanto princípios (especificamente – mas não unicamente - a de Alexy, conforme anteriormente se preconizou), distinguindo direitos *prima facie* de *direitos definitivos*. Tais categorias fundamentam-se reciprocamente, uma vez que a teoria externa é obrigada a recorrer à teoria *principiológica* dos Direitos Fundamentais: a idéia de âmbito de proteção como uma mera dimensão abstrata, ampla e *restringível* do direito e de âmbito de garantia efetiva como uma dimensão concreta e intangível impescinde – sob pena de grave contradição lógica – da teoria dos Direitos Fundamentais enquanto princípios. Pioneiro nessa teoria, Alexy relativizou a rigidez dos “direitos originários ilimitados”, permitindo e justificando a possibilidade de promover a sua restrição, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Traduziu, ainda, sua teoria em um complexo método de

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 345.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 399.

concretização de direitos fundamentais aberto à ponderação no caso concreto.¹⁵⁶ De outra banda, propiciou o deslocamento para os Tribunais - sempre que a própria Constituição já não tiver promovido a ponderação nem determinado apenas à lei o fazer – a tarefa da delimitação do âmbito de garantia efetiva do direito fundamental.

É muito pertinente, nesse aspecto, fazer uma ressalva fundamental, qual seja, a de que, embora doutrinadores como Lenio Streck e Maria Luiza Streck rejeitem a doutrina de Alexy acerca da proporcionalidade – a qual acusam de ser *subjetivista* -, não podem, no todo, desprezá-la, considerando a defesa que realizam da proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais. Inclusive, algumas premissas da obra de Alexy são facilmente verificáveis também em tais autores, em especial, a noção de que direitos fundamentais são princípios e a de *gradualidade* na realização dos princípios. Ora, se é possível a existência de conformações do legislador ordinário que sejam *excessivamente* restritivas de direitos fundamentais, bem como outras *insuficientemente* protetoras daqueles, é indicativo de que, entre esses dois marcos balizadores do exercício da competência constitucionalmente delegado ao legislador infraconstitucional pela Constituição, existe uma série de possibilidades intermediárias de conformação do legislador ordinário. Admitir o contrário seria afirmar que proibição do excesso e proibição da insuficiência significam, na prática, o mesmo e que, portanto, poderiam ser substituídas por um único instituto. Ademais, ao legislador não restaria “margem” de ação alguma, o que significaria uma constituição puramente material, que é aquela que, para cada decisão possível do legislador, já pré-determina uma resposta, tolhendo-lhe integralmente o espaço de discricionariedade.

Com efeito, a partir do acolhimento da teoria externa e da teoria principiológica de Alexy, o modelo direito-restrição seria, metaforicamente, uma geometria dos direitos fundamentais, os quais representariam, *prima facie*, certos espaços em abstrato, que seriam invadidos ou reduzidos no caso concreto. Por conseguinte, nessa geometria elástica dos direitos – os quais, às vezes, ocupariam espaços maiores; outras, menores, cuja definição estaria sempre a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto – a intervenção estatal seria responsável pela “redução do espaço/âmbito” de proteção do direito fundamental. Nessa hipótese, os direitos fundamentais atuariam na sua função de *direitos de defesa* contra intervenções jurídicas (porque realizadas por leis, por atos normativos ou por decisão judicial), as quais são monopólio do Estado.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, op. cit, p. 358.

Contudo, não apenas o Estado pode ser um agente interveniente. Por vezes, dois sujeitos privados, de igual hierarquia, exercem seus direitos fundamentais de forma que haja colisão entre eles, a qual gera, também, uma intervenção. Diferentemente do caso anterior, tratar-se-iam, aqui, de intervenções fáticas: por um lado, porque o Estado tem o monopólio das intervenções ditas legais; por outro, porquanto aqui o exame se daria sobre os pressupostos fáticos do exercício do direito¹⁵⁷, os quais muitas vezes acabam impedindo a sua fruição, ainda que, em abstrato, o direito se revista de uma quase plenitude.

Em realidade, quase todo o exercício de direitos fundamentais enseja colisões. A grande questão é saber se pode o Estado, simplesmente, omitir-se quanto aos seus resultados. Afinal, com base em quais pressupostos o Estado deve intervir no resultado “natural” da colisão e reorganizar os âmbitos dos direitos fundamentais colidentes, a fim de que um deles não tenha seu “espaço” de proteção efetiva demasiadamente alargado, enquanto o outro o tenha demasiadamente restringido, num mesmo caso concreto? Para responder a tal questionamento, é preciso analisar a função dos direitos fundamentais como deveres de proteção (a existência, ou o “ser” da proteção), bem como a proibição de proteção deficiente (ou o modo de ser da proteção), cujo exame será postergado para o próximo item.

Os deveres de proteção pautam “[...] a delimitação de esferas colidentes de liberdade”¹⁵⁸, obrigando “[...] os órgãos estatais a proteger um cidadão contra os desmandos do outro”. Seriam, ainda, “[...] derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera, en lo que se refiere a la relación recíproca de sujetos jurídicos de igual hierarquia”¹⁵⁹. Por exemplo, o caso “*Strauss-Karikatur*”, já referido neste trabalho. Tratava-se de um artista caricaturista que desenhou a figura de um porco a copular, o qual era de plano identificável com o, à época, presidente do governo da Baviera, Franz-Joseph Strauss¹⁶⁰. Assim, embora em uma análise rápida a ação do caricaturista estivesse no âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão, concluiu-se que, no caso concreto, não estava ela efetivamente garantida. Era necessário, pois, que o Estado (através de uma decisão judicial) reorganizasse o resultado da colisão do direito fundamental de liberdade de expressão do artista com o direito à imagem e ao nome do então Presidente ironizado, a fim de que aquele não restringisse estes de tal forma que inviabilizasse, faticamente, a sua fruição.

¹⁵⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 107.

¹⁵⁸ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 263.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, op. cit, p. 399.

Por conseguinte, os deveres de proteção determinam que o Estado (re)componha o resultado da colisão dos direitos fundamentais de particulares, a qual ocasionou a restrição fática de um deles e, por isso, a diminuição do seu âmbito de proteção. Nas palavras de Canaris, a grande dificuldade na efetivação do precitado dever está na exigência de concordância prática ao limitar os direitos fundamentais, “de tal forma que possam ser, tanto quanto possível, eficazes para todos os intervenientes”¹⁶¹. Contudo, o jurista alemão previu outro problema, o qual é, inclusive, prévio à questão da concordância prática: a verificação da existência do dever de proteção dos direitos fundamentais. O reconhecimento da sua imposição ao Estado exige uma peculiar argumentação, pois a eficácia do “imperativo de tutela” é mais fraca do que a da proibição de intervenção, já que se está a falar da *omissão*.¹⁶² Conforme Canaris, em tal questão “como [...] no direito penal e como no direito civil, é indispensável superar um primeiro *específico limiar de argumentação*, logo para fundamentar a existência de um dever jurídico de agir”¹⁶³.

Ademais, até mesmo por indução, é possível observar que não é qualquer colisão de direitos fundamentais que enseja a intervenção do Estado para reorganizar o âmbito dos direitos afetados. No caso específico da caricatura, é diária a sua publicação em diversos jornais do país e, por vezes, o seu conteúdo pode restringir direitos fundamentais, como o direito ao nome, à privacidade, à personalidade. Apesar disso, é raro verificar que a restrição de tais direitos fundamentais tenha sido levada para análise do Poder Judiciário. Quando sim, são ainda mais exíguos os casos em que o reclame é procedente, ou seja, quando há um dever do Estado de proteger o direito restringido de um particular por outro particular, através de uma caricatura. Em tal hipótese, o Estado acaba por limitar o direito à liberdade de expressão do caricaturista e, por vezes, também por condená-lo a indenizar aquele cujo direito ao nome, à personalidade, à privacidade foi restringido excessivamente.

Assim, para que seja reconhecida a existência de um dever de proteção pelo Estado, cujo cumprimento seria exigível, Canaris¹⁶⁴ preconizou como necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) aplicação da hipótese normativa de um direito fundamental e (b)

¹⁶⁰ Idem, p. 342.

¹⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 99.

¹⁶² Idem, p. 65.

¹⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 65.

¹⁶⁴ Ressalta-se que os doutrinadores da Teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização encampam a doutrina de Canaris sobre os deveres de proteção, bem como sobre a proibição de proteção deficiente. Salienta-se, ainda, que Canaris foi o precursor na defesa dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela, bem como na criação da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), tendo tratado dos temas, pioneiramente, em 1984, em ensaio intitulado “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, com publicação na *Archiv für die zivilistische Praxis*, n. 184, 1984, p. 202 ss (In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 10).

necessidade da proteção, a qual subdividiu em: (b.1) ilicitude ou perigo e (b.2) dependência.¹⁶⁵ Quanto ao primeiro requisito, afirmou que o imperativo de tutela só existe se a correspondente hipótese normativa do direito fundamental alegado é, efetivamente, aplicável no caso e, além disso, se ela foi “tocada”, restringida, pelo direito fundamental em oposição.¹⁶⁶ Quanto ao segundo requisito – da necessidade de proteção –, tem ele por significado o seguinte: ainda que o direito fundamental tenha sido restringido no caso, não haverá o dever de proteção do Estado se o seu titular puder realizá-lo de outro modo.¹⁶⁷

No que tange ao requisito da ilicitude da intervenção, Canaris tece uma série de considerações para, ao final, classificá-lo apenas na condição de um *indicativo* da existência do dever de proteção, não na de um requisito indispensável.¹⁶⁸ Já em relação à “colocação em perigo” (ou ameaça a bens protegidos por direitos fundamentais, que é um estado anterior à intervenção em tais direitos), o jurista alemão preconiza, inicialmente, que as ameaças não poderiam ser colocadas no mesmo patamar das ofensas, ainda que se refiram a bens de elevada hierarquia no ordenamento jurídico. No entanto, conclui que, do contrário, a proteção dos direitos fundamentais tornar-se-ia por demais incompleta. Ao final da análise desses dois pontos – da ilicitude da intervenção e da mera ameaça –, Canaris preconizou que o requisito fundamental para que haja o dever de proteção é a *exigência de efetividade da proteção*, como se pode observar no trecho que segue:

A ordem jurídica tem de facultar instrumentos tais que, vistos na sua globalidade, para situações de perigo típicas, garantam uma proteção eficiente dos bens jurídico-fundamentais, sem que, concomitantemente, a criação de cada fonte de perigo individual deve ser tratada jurídico-constitucionalmente sob o ponto de vista da proibição de insuficiência.¹⁶⁹

Por fim, o último requisito listado por Canaris para configurar a necessidade da intervenção refere-se à “[...] *dependência* do titular do direito fundamental em relação ao comportamento do outro sujeito de direito privado [...]”¹⁷⁰. Um caso que preencheria este e os demais requisitos - e que foi trazido à baila pelo jurista - é referente à problemática do direito do filho de saber quem é seu pai biológico, sob pena de o mesmo não poder conhecer a pessoa do seu genitor, bem como de não exercer pretensões econômicas contra o mesmo. O direito de

¹⁶⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 103/128.

¹⁶⁶ Idem, p. 104.

¹⁶⁷ Idem, p. 106.

¹⁶⁸ Idem, p. 108. O jurista prosseguiu afirmando que “[...] a problemática da função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela não pode ser integralmente apreendida com a categoria da ilicitude” (In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 111).

¹⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 110.

¹⁷⁰ Idem, p. 110.

conhecer suas próprias origens, em tal caso, estaria totalmente a depender da atuação da sua mãe, que se omite, com base no seu direito à privacidade. Seria possível, no entanto, exigir que ela expusesse quem é o genitor? Sem dúvida, trata-se de um caso limite e que lida com direitos muito importante e, mais do que isso, com sentimentos humanos. Não por acaso, a partir desse exemplo Canaris ingressou na análise do *como* do exercício da proteção de um direito fundamental. Balizando-o pela proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, frisou o autor, desde o início, a grande *margem de ação*¹⁷¹ que possui o legislador ordinário na concretização do imperativo de tutela constitucionalmente imposto.

1.3.3 Proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais

A larga liberdade de configuração do legislador ordinário em relação aos deveres de proteção é fortemente preconizada por Canaris, conforme esta passagem de sua obra, a qual merece integral transcrição:

Já lembrei repetidas vezes que a legislação e a jurisprudência dispõem, em princípio, segundo a posição do Tribunal Constitucional Federal, de uma ampla liberdade de conformação quando aplicam os direitos fundamentais na sua função de mandamentos de tutela. **Penso que a razão mais profunda disso reside no fato de se tratar aqui de um problema de omissão, sendo que problemas desta natureza sabidamente carecem de uma argumentação especial para fundamentação de um dever jurídico de agir.** Por essa razão, o Tribunal Constitucional Federal [...] recusou-se a derivar da Constituição um dever genérico de uma mãe no sentido de informar ao seu filho sobre seu pai biológico.¹⁷² [grifei]

Por conseguinte, a posição do Estado em relação à função dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela é bastante diversa da função de proibição de intervenções. Nesta, o Estado deve justificar apenas uma medida – a escolhida no caso concreto; naquela, teria de apresentar o porquê da omissão ou desprezo de uma série de possíveis medidas de proteção.¹⁷³ Em termos singelos, no caso da proibição de intervenção, o Estado argumentaria, por exemplo, a necessidade da exceção à inviolabilidade das comunicações telefônicas, disposta no inc. XII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988; no imperativo de tutela, a razão de ter optado, a fim de proteger o direito à saúde, pela construção de um hospital federal na cidade “X” e não em todas as demais cidades, ou mesmo por construir um único hospital,

¹⁷¹ Margem de ação seria o espaço de discricionariedade do legislador, no qual há liberdade de escolha quanto ao comportamento a ser adotado.

¹⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 244.

ao invés de vários hospitais – menores - em *mais* cidades etc. Em síntese: se o Estado deveria se omitir, ele precisa justificar apenas a ação realizada. Já no caso de ter o dever de agir, tutelando um direito fundamental, então seria obrigado a expor a razão de não ter escolhido todas as *infindáveis* ações possíveis para a promoção do fim estatal.

É por essa razão que juristas como Canaris¹⁷⁴ e Jörg Neuner¹⁷⁵ tanto defendem uma ampla margem de ação ao legislador ordinário na concretização de deveres de proteção. Apesar disso, claramente expuseram que essa liberdade estaria balizada pelo “princípio”¹⁷⁶ da proibição de proteção deficiente, o qual exige que “[...] o direito infraconstitucional ofereça, no seu conjunto, uma proteção eficiente, mas deixa frequentemente diversas possibilidades de variação em aberto, quanto ao modo como esse direito deve ser especificamente conformado”¹⁷⁷. Tal proibição atuaria, pois, de forma a verificar se são *minimamente* satisfeitas as exigências de proteção do direito fundamental. As possibilidades de concretização do imperativo de tutela seriam diversas, estando a margem de ação do legislador ordinário demarcada pela proibição do excesso (limite máximo) e pela proibição da insuficiência (limite mínimo)¹⁷⁸. A fim de explicar tal dinâmica, Alexy apresenta a seguinte metáfora:

La metáfora del marco puede ser precisada entonces de la siguiente manera: el marco es lo que está ordenado y prohibido. Lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador, o sea, lo que no está ordenado ni prohibido, es aquello que se encuentra en el interior del marco.¹⁷⁹

Contrariamente à defesa de uma ampla margem de ação do legislador, Bernal Pulido preconiza que “el objeto del control de constitucionalidad en la prohibición de protección deficiente es una abstención legislativa o una norma legal que no protege el derecho fundamental o que lo protege deficientemente por no favorecer su realización **en la mayor medida posible**”¹⁸⁰ [grifado]. Portanto – e este ponto se reveste da maior importância – para

¹⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 65-6.

¹⁷⁴ Nas obras precitadas.

¹⁷⁵ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental, op. cit., *passim*.

¹⁷⁶ Qualificou-se a proibição de proteção deficiente como princípio por ser este o entendimento majoritário. Contudo, é importante ressaltar ser mais acertada a sua compreensão enquanto *postulado aplicativo normativo*, denominação utilizada nos termos defendidos por Humberto Ávila, o qual o conceituou como norma de segundo grau, que estabelece a estrutura da aplicação de outras normas, situando-se, pois, em nível distinto daquelas (In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 88).

¹⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, op. cit., p. 119.

¹⁷⁸ A menos, é claro, que a Constituição já tenha pré-definido a medida a ser tomada, quando então restará vinculada a atuação do legislador ordinário.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Col. Registradores PR, 2004, p. 28.

¹⁸⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 808.

este constitucionalista, ao legislador não está ordenado que escolha, dentro do “marco” (nos termos da metáfora de Alexy), qualquer comportamento que minimamente tutele o direito fundamental, mas sim o comportamento que *mais* tutele o direito fundamental. Nessa hipótese, o princípio da proibição de proteção deficiente atuaria de forma a exigir a *maximização* na promoção da tutela, o que muito diverge do anteriormente exposto e defendido por Canaris, o qual preconiza ser devida, apenas, uma promoção *minimamente efetiva* de tal tutela.

2 ESTRUTURAS INCONSISTENTES? PROBLEMAS DE PRINCIPIOLOGIA, PROPORCIONALIDADE E DE CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO PENAL

2.1 DA ANÁLISE À SÍNTESE: A CONSTRUÇÃO DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

A construção da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização decorreu, sobretudo, de dois importantes fatores: (a) a incontestada crise de identidade do Direito Penal nas últimas décadas e (b) o texto constitucional brasileiro aberto quanto ao que pode ser objeto - legítimo - de criminalização.

2.1.1 A profunda crise do Direito Penal Liberal

No que tange à primeira causa, ela reflete, em grande medida, as complexas mudanças da sociedade desde a Modernidade e do Iluminismo, berços do Direito Penal Liberal. Naquela sociedade, então “Moderna”, triunfava o racionalismo, a ação científica, o universalismo e, principalmente, a crença no progresso, a partir do qual se chegaria a uma organização social com expressivo grau de funcionalidade.¹⁸¹ Contudo, após as revelações sobre a capacidade humana de destruição e maldade quando da Primeira e, em especial, da Segunda Guerra, todo esse panorama passou a ser muito questionado. Iniciar-se-ia, pois, a era da pós-modernidade.

No estado de cultura pós-moderno, a sociedade, já em processo de globalização, de migração populacional e de decadência da soberania dos Estados, sente-se fragmentada e desorientada, pois esse Estado se tornou incapaz de oferecer um quadro de valores apto a orientar as condutas e o próprio processo de modernização.¹⁸² Conforme muito bem expôs Rodrigo Azevedo, “a combinação de industrialização, urbanização, secularização da cultura e do comportamento, racionalização das ações sociais e das instituições, mercado, produtividade, competitividade [...] gera evidentemente um ambiente social explosivo”¹⁸³.

O Estado (re)encontra sua legitimidade perdida ao responder à demanda punitiva com “novas leis penais, sempre mais severas (embora nunca o suficiente para conter a criminalidade), com a deformação do processo e a ampliação de controle punitivo, com o

¹⁸¹ AZEVEDO, Rodrigo. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle social. In: Gauer, Ruth Maria Chittó (Org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 44.

¹⁸² Idem, 45.

¹⁸³ Idem, p. 47.

discurso do medo e do terror [...]”¹⁸⁴. Dessa forma, expande-se mais e mais o Direito Penal – exigindo-lhe que tutele, com máxima eficiência, não apenas os bens jurídicos clássicos, mas também os “novos” (sociais e transindividuais). “O fenômeno da globalização trouxe para o âmbito do controle penal uma série de novos dilemas e paradoxos”¹⁸⁵. Estaria o Direito Penal que ainda se cultivava – clássico e liberal – preparado para enfrentá-los de forma efetiva, sem ter de abdicar de seus princípios mais elementares, ou seja, das grandes conquistas do Iluminismo?

Independentemente da resposta, é fato que o Sistema Penal está em franca expansão: luta-se pelo aumento das penas dos crimes existentes e busca-se a tipificação de outros novos, a fim de albergarem bens jurídicos antes excluídos da tutela penal. Silva Sánchez apresenta 10 (dez) fatores que explicariam tal expansão.¹⁸⁶ Crê-se, no entanto, bastar a enumeração de apenas cinco, que seguem: (1) “a sociedade de risco”; (2) o surgimento de novos bens jurídicos; (3) a institucionalização e subjetivação social da *insegurança*; (4) a valorização da vítima e (5) a valorização de cálculos atuariais no Direito Penal (a relação dos custos e benefícios).

Na denominação de Ulrich Beck¹⁸⁷, na “sociedade de risco” em que vivemos, as ameaças decorreriam majoritariamente do manejo de tecnologias. No Direito Penal, isso significa nada menos do que a tutela de bens jurídicos pouco concretos, para cuja proteção o sistema penal utiliza a técnica dos crimes de perigo abstrato, nos quais, por vezes, a mera realização da conduta descrita é criminalizada, independentemente das suas efetivas consequências.¹⁸⁸ Quanto aos novos bens jurídicos socialmente relevantes, decorreriam eles não apenas de novas esferas de ações com potencial lesivo (a), mas também da reclassificação da relevância de condutas antes tidas como desimportantes (b) e, ainda, pela deteriorização, graças à ação humana, de bens anteriormente abundantes, como o meio ambiente, cuja existência determina também a humana (c).¹⁸⁹ Especialmente quanto às novas esferas de ação lesiva, são elas decorrentes, por um lado, da extensão da tutela penal a bens jurídicos relacionados, primordialmente, com direitos sociais, culturais e econômicos (o que se

¹⁸⁴ AZEVEDO, Rodrigo. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle social, op. cit., p. 49.

¹⁸⁵ Idem, p. 50.

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de: Luiz Gustavo de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 21-80.

¹⁸⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad*. Tradução de: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

¹⁸⁸ AZEVEDO, Rodrigo. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle social, op. cit., p. 53.

¹⁸⁹ AZEVEDO, Rodrigo. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle social, op. cit., p. 51.

convencionou denominar de *Direito Penal Secundário*), de feição coletiva e transindividual; por outro, da própria idéia de que a comunidade global se transformou em uma sociedade de riscos, que seriam decorrentes do manejo de tecnologias em um mundo massificado e sem identidade, no qual a ação humana delitiva, por vezes, é anônima e distante¹⁹⁰. A “angústia tecnológica”¹⁹¹ domina a comunidade mundial.

Também a institucionalização (objetiva - depreendida do discurso punitivo estatal) e o sentimento (subjetivo - dos cidadãos) de insegurança são vetores indispensáveis na busca da compreensão da conjuntura do direito penal no Terceiro Milênio. Sobre o ponto, bem referiu Azevedo, ao afirmar que “é razoável sustentar que a vivência subjetiva dos riscos é superior a própria existência objetiva dos mesmos, embora não se possa negar que ambas as variáveis tem um vetor positivo nas sociedades urbano-industriais contemporâneas”¹⁹². No que tange à nova posição da *vítima* perante o direito penal, verifica-se a tendência de abandonar a compreensão da lei penal enquanto “Magna Carta do delinqüente (Von Liszt)”¹⁹³, para transformá-la em instrumento de tutela eficiente da vítima. Nas palavras de Canotilho,

[...] as críticas são dirigidas contra o “garantismo”, “hipergarantismo” ou “veterogarantismo” que, ao erguer-se a “cultura dominante” e “unidimensionalizante” de criminalistas e constitucionalistas, acabou, mau grado as boas intenções dos seus defensores, por converter-se em “ideologia jurídica de suporte de organizações criminosas”.¹⁹⁴ **No banco dos réus sentam-se todos aqueles que continuam a ver no “poder coercitivo do Estado”, mesmo que legítimo, a expressão tirânica da “raison d’État”.**¹⁹⁵ (grifei)

Por fim, indispensável referir o ingresso do “Law and Economics” (da Análise Econômica do Direito) na orientação das escolhas da política criminal. O Direito penal seria, pois, um gestor de problemas da sociedade atual, o qual deve busca a eficiência na sua atuação, então totalmente desvinculada das bases filosóficas do Direito Penal Clássico.¹⁹⁶ Abandona-se a idéia da delinqüência *social*, bem como a da possibilidade de ressocialização. A política criminal contemporânea tem por dever fundamental, pois, *dissuadir* o criminoso, com o aumento do preço do delito (maiores penas e certeza da punição): o delinqüente é

¹⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 158.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 329-45, jan-fev. 2006, p. 337.

¹⁹² AZEVEDO, Rodrigo. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle social, op. cit., p. 54.

¹⁹³ Idem, p. 56.

¹⁹⁴ GEMMA, Gldio. Costituzionalismo, Costituzione e criminalità organizzata. *Archivio di Diritto Costituzionale*, 4/2004, p. 179 *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 329-45, jan-fev. 2006, p. 330.

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal, op. cit., p. 329-30.

¹⁹⁶ AZEVEDO, Rodrigo. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle social, op. cit., p. 58.

entendido como um ser racional, que somente realiza a ação criminosa a partir de prévia análise de custos e benefícios.

2.1.1.1 O Estado da arte do Direito Penal (E a realidade brasileira?)

A esse panorama é possível apresentar, em apertada síntese, três grandes grupos de posicionamentos: a) o da Escola de Frankfurt, Alemanha; b) o do “Direito penal do risco” e c) o da expansão controlada do Direito Penal. Aquele assume a incapacidade do direito penal de responder aos anseios que o sobrecarregam, devendo-se resguardá-lo apenas para o seu âmbito mais clássico de tutela: os direitos fundamentais individuais, aos quais correspondem os bens jurídico-penais individuais.¹⁹⁷ Tudo o que a esse grupo não pertença deverá ser tutelado com meios jurídicos extrapenais, ou mesmo ramos de controle social não jurídicos.¹⁹⁸ O direito penal é, assim, *ultima ratio*.

Já na busca da proteção contra o *risco*, segundo Jorge de Figueiredo Dias, se colocam “[...] todos aqueles que preconizam a aceitação e o desenvolvimento de um direito penal absolutamente *funcionalista* às exigências postas por uma tutela, que assim se espera efectiva, dos mega-riscos que ameaçam a subsistência da humanidade”¹⁹⁹. A maior consequência de tal posicionamento é a total superação do paradigma liberal do direito penal, com o desaparecimento da fronteira entre este e o direito administrativo (ou seja, o fim da identidade penal; o surgimento de “tempos de indiferença”²⁰⁰). Nesse diapasão, um exemplo bastante elucidativo é o do “Direito Penal do Inimigo” (*Feindstrafrecht*), de Jakobs. Por fim, a doutrina que preconiza a *expansão* do direito penal²⁰¹ sistematiza-o a partir de uma política criminal e de uma dogmática penal dupla/bipartida. No cerne, haveria a manutenção, intocada, dos princípios do direito penal clássico, tratando-se de uma tutela dirigida a bens jurídicos individuais; na periferia, tais princípios sofreriam uma relativização controlada, cuja tutela seria resguardada, apenas, aos bens jurídicos transindividuais e aos novos riscos globais. As garantias e os princípios penais *pro* acusado, conforme Jorge de Figueiredo Dias,

¹⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 164-5.

¹⁹⁸ Idem, p. 165.

¹⁹⁹ Idem, p. 167.

²⁰⁰ Sobre a indispensabilidade da distinção entre direito penal e direito administrativo sancionador, bem como com a apresentação de critérios qualitativos para a sua promoção, de grande valia são as lições de Fabio Roberto D’Avila (In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Direito penal e direito administrativo Elementos para uma distinção qualitativa*. In: _____. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81-104).

²⁰¹ Nos termos do título da obra de SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A Expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, op. cit.

[...] se encontrariam amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros princípios, [...] assentes na proteção antecipada de interesses coletivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autor, nem vítimas, definidos ou definíveis e, por conseguinte, numa palavra, de “menor intensidade garantística”²⁰². **Mas princípios estes, em todo caso – e aqui residiria o ponto principal e a especificidade desta concepção -, ainda formalmente pertencentes ao direito penal, embora substancialmente aparentados com os princípios do direito sancionatório de carácter administrativo.**²⁰³ (grifei)

Com base no exposto, necessário ingressar na análise do caso brasileiro. No Brasil, o sistema penal sofre os mesmos dramas existenciais e de identidade (ou de sua ausência) antes referidos. Talvez, inclusive, sejam eles intensificados pela realidade social desigual e pela crescente violência, acrescidas da sensação de *total* impunidade. Dessa forma, a fim de apresentar uma visão panorâmica, que permitirá posterior reflexão, é possível esquematizar as categorias que compõem os tipos penais brasileiros nos seguintes termos: a) direito penal “clássico” ou “de justiça”; b) direito penal “secundário” ou “extravagante” e c) contravenções penais. Aquele constitui o núcleo duro do Direito Penal, tutelando os bens jurídicos de feição individual. Já o Direito Penal “Administrativo” visa à proteção de violações de ordenações da Administração (como normas de direito tributário, econômico, aduaneiro etc), e, por conseguinte, de direitos coletivos e transindividuais, em regra relacionados aos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos.²⁰⁴ Por sua vez, as contravenções penais seriam “uma linha avançada” do direito penal clássico, visando à tutela de perigos - pouco determinados - de violação a tais bens²⁰⁵, cuja manutenção no Direito Penal é muito discutida, por se tratar de ilícitos de natureza *administrativa*.

De plano, é verificável que a legislação brasileira segue, até certo ponto, o que preconiza a doutrina da “expansão do direito penal”, pois acolhe a construção dualista do bem jurídico penal: tutela tanto bens jurídicos penais *individuais* (os quais compõem o Código Penal e o “Direito Penal Clássico”), quanto *supraindividuais* (cujos tipos penais ingressaram

²⁰² SILVA FRANCO, Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 10, 2000, p. 223 *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 171.

²⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 171.

²⁰⁴ *Idem*, p. 48. Conforme ainda tal penalista, “[...] enquanto os crimes do direito penal de justiça se relacionam, em último termo, directa ou indirectamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos, liberdades e garantias das pessoas*, já os do direito penal secundário – e de que se encontram exemplos por excelência no direito penal econômico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social...), financeiro, fiscal, aduaneiro etc. – se relacionam primariamente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais* e à *organização económica*. **Diferença que radica, por sua vez, na existência de duas zonas relativamente autónomas na actividade tutelar do Estado: uma que visa [sic] proteger a esfera de actuação especificamente pessoal [...] do homem: do homem ‘como este homem’; a outra que visa [sic] proteger a sua esfera de actuação social: do homem ‘como membro da comunidade’**” (grifei) (In: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 48-9).

²⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 138).

no ordenamento jurídico por meio de legislação *esparça*, compondo o “Direito Penal Secundário”). Mas ainda há uma fundamental diferença entre o sistema penal brasileiro e a doutrina da “expansão do direito penal”. Apesar da duplicidade dos bens jurídicos e da diversa normatização do tipo penal (codificado ou não-codificado) existentes no Brasil, o que vai ao encontro da precitada doutrina, a dogmática penal – no direito penal clássico e secundário brasileiro – ainda é *unifica*, correspondendo aos princípios do Direito Penal *Liberal*. Ainda que soprem – e com que força! - os ventos da necessidade de relativização de tais regras e princípios, bem como da indispensabilidade da superação desse arcaísmo hipergarantista, não se pode negar que a Constituição e a sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil ainda impedem – e julgam inconstitucional em grande parte dos casos – a flexibilização “controlada” das garantias do acusado.

Por essa razão, a doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização é o nervo exposto da crise de identidade do Direito Penal e da tentativa de conter a criminalidade mesmo às custas da superação da dogmática penal clássica (cuja análise crítica é remetida à seção 2.2). Essa teoria, como um pêndulo, move-se entre os três posicionamentos precitados: por um lado, não quer desperdiçar as conquistas tão importantes do Iluminismo Penal, do Direito Penal Liberal; por outro, imprescinde, na sua legitimidade, da utilização de conceitos como o de maximização e de eficiência, ambos típicos do doutrina do “Direito Penal do Risco”. Por vezes, visa, tão somente, a uma maior efetividade da tutela dos direitos fundamentais, o que é, sem dúvida, um dos fins do Estado, mas, para tanto, vislumbra como solução única a revisão de categorias dogmáticas do Direito Penal, a partir da sua flexibilização. Eis o seu conflito trágico.

2.1.2 Objeto da criminalização: abertura do texto constitucional brasileiro

Defende-se, neste estudo, que a abertura do texto constitucional quanto ao que seria objeto – legítimo – de criminalização foi fundamental para a construção da Teoria dos Mandados Implícitos. Essa “fluidez” conferiu maior margem de ação ao legislador ordinário, prejudicando, pois, um amplo controle de poder. O mais curioso é que tal discricionariedade permite construções dogmáticas antagônicas, cuja única semelhança seria o fato de visarem à redução da liberdade de conformação do legislador: contudo, enquanto uma busca limitar negativamente tal poder (movimento descriminalizador), a outra defende o extremo oposto,

qual seja, a necessidade – vinculativa - de extensão da tutela penal a novos bens jurídicos (expansão do direito penal; movimento criminalizador).

A seguir, apresenta-se o que se poderia denominar “Sistema Penal Constitucional”, o qual reúne as principais normas constitucionais que são fundamento de validade da legislação ordinária penal:

Sistema Penal à luz da Constituição brasileira de 1988	Regra ou princípio constitucional	Localização no texto constitucional
O que pode ser objeto de criminalização? Competência (normas que conferem poderes)	1) Competência legislativa privativa da União; 2) “Mandados Constitucionais (expressos) de Criminalização”.	1) Art. 22, inc. I (competência da União); 2) Art. 5º, inc. XLI; XLII; XLIII e XLIV.
O que pode ser objeto de criminalização (normas que circunscrevem o poder conferido, determinando que matérias se podem regular com o poder)? Conceito de crime.	1) Ausência de conceito expresso de crime (ausência de regra constitutiva definitiva). 2) Conceito doutrinário e jurisprudencial	–
Como devem ser normatizadas as criminalizações (normas que reservam uma determinada matéria a certa fonte do direito)?	1) Regra da Legalidade (<i>a contrario sensu</i> - proibição de analogia).	1) Art. 5º, inc. II
Qual o conteúdo das normas incriminadoras (normas relativas ao conteúdo da regulação futura, que proibem ou obrigam o legislador a ditar normas com determinado conteúdo)?	1) Regra da Irretroatividade e da Anterioridade e da norma penal (proíbem que a norma atinja fatos pretéritos e determinam que somente há crime se houver lei anterior a defini-lo). Exceção da regra da irretroatividade: retroatividade da norma penal mais benéfica ao réu. 2) Regra da Tipicidade Material (determinam que a norma defina o crime de forma pormenorizada, clara e detalhada, com a determinação, pela lei, de todos os seus elementos integrantes).	1) Art. 5º, inc. XXXIX; Art. 5º, inc. XL. 2) Art. 5º, inc. XXXIX.

Em tal quadro, é possível vislumbrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já determinou regras estritas – e vinculantes - em relação à atividade legislativa em matéria penal. Tais regramentos teriam por função regular a produção jurídica das leis penais. Seriam, pois, o que se convencionou denominar “normas sobre a produção normativa”. Apesar de pouco conhecidas especificamente sob essa ótica, possuem imensa importância. Conforme Guastini,

se puede convenir, sin necesidad de argumentar en exceso, que “legislar” es algo más que la mera “formulación de normas”. Formular una norma es un acto “bruto”, legislar – introducir las normas formuladas en el ordenamiento jurídico – es un acto “institucional” o, más bien, una secuencia de actos institucionales, gobernados por

normas (jurídicas) constitutivas. No habría ninguna “legislación” si las normas formuladas (por ejemplo, en un proyecto o proposición de ley) no fuesen después “dictadas” de conformidad con algunas normas secundarias o de segundo grado. Estas últimas [...] son “normas sobre la producción jurídica”: **normas constitutivas** que regulan la creación de “leyes”.²⁰⁶ [grifado]

Para Guastini, conforme o excerto citado (ressalvado o dissenso existente acerca desta classificação), as normas sobre produção normativas antes referidas seriam **normas constitutivas**, cujo conceito, conforme o referido constitucionalista, é passível da seguinte – e importante - definição:

una norma es constitutiva – sea cual sea su contenido prescriptivo – siempre que deba ser mencionada en la definición de la actividad por ella regulada. Desde este punto de vista, los conceptos de norma ‘regulativa’ y de norma ‘constitutiva’ no parecen recíprocamente excluyentes: también una norma de conducta (un mandado, un permiso) puede ser una norma constitutiva.²⁰⁷

Ademais, se as normas sobre produção normativa (*normas constitutivas*²⁰⁸) conferem ao ato bruto de prescrever a qualidade adicional de “legislar”, a violação de qualquer dessas normas significa a sua invalidade (mas não necessariamente a sua inexistência). Nos exemplos antes referidos, a norma incriminadora seria não apenas inválida, mas *inconstitucional*, uma vez que as normas que regulam a sua produção foram elevadas a nível constitucional. Daí o porquê da impossibilidade de flexibilizar regras dessa categoria, já que elas atuam, também, como forma de controle do poder Estatal e, portanto, tem como finalidades fundamentais a *segurança jurídica e a previsibilidade do ordenamento jurídico*.

Contudo, a Constituição não circunscreveu de forma estrita o poder conferido, determinando que matérias podem ser reguladas a partir dele, sendo possível tão somente

²⁰⁶ GUASTINI, Riccardo. Acerca de las normas sobre la producción jurídica. In: _____. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa: Barcelona, 1999, p. 307.

²⁰⁷ Idem, p. 307-8. Considerando o conceito estipulativo de norma constitutiva de Guastini, é possível compreender porque também regras que determinação o conteúdo da norma penal – como a regra da anterioridade, irretroatividade, tipicidade material – e que são antes proibições ou obrigações do que normas “constitutivas” clássicas – que atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos, situações – também são qualificadas como *normas constitutivas*. Na definição do renomado constitucionalista italiano, a característica de *constitutividade* depende mais da relação da regra com a norma cuja produção ela regula, do que da sua característica descritiva (se descreve preponderantemente uma conduta ou se descreve efeitos jurídicos/define conceitos). Por isso que também normas de conduta podem ser constitutivas.

²⁰⁸ Conforme Guastini, normas constitutivas também seriam “aquellas normas que no se limitan simplemente a regular, sino que ‘crean’ o ‘definen’ nuevas formas de comportamiento, haciéndolo posible. Tales formas de comportamiento, cuya existencia depende de normas constitutivas, son ‘hechos institucionales’”. Por ejemplo, las normas jurídicas que dan vida a ‘instituciones’ como la promesa, el matrimonio, la propiedad, la jurisdicción o la legislación no son mas que normas constitutivas”. (In: GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op. cit., p. 108). Vide também SEARLE, John Rogers. *Speech acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge, 1969, *passim*.

afirmar que se trataria da competência normativa de *criminalizar condutas*. Não há, pois, determinação de um conjunto preciso de relações ou suportes fáticos que podem constituir o objeto de tal disciplina jurídica. É bem verdade que, pela natureza própria do Direito Penal, talvez fosse efetivamente impossível que se realizasse tal desiderato. No entanto, tendo em vista a sua característica restritiva de liberdade e propriedade, a doutrina e a jurisprudência, ao longo dos anos, construíram regras balizadoras dessa atividade legislativa, as quais, embora repletas de conceitos jurídicos indeterminados, sempre foram capazes de promover um controle mínimo da atividade criminalizadora.

Assim, o exame da legitimidade da tipificação do crime divide-se, nos termos da doutrina majoritária, em dois momentos sucessivos: a) juízo de merecimento da tutela penal e b) juízo de necessidade da tutela penal. A análise do merecimento da tutela penal decorreria da existência de uma ofensa não-insignificante (Princípio da Ofensividade) a um bem jurídico-penal (Princípio da exclusiva tutela de bens jurídico-penais). Já a análise da necessidade – ou carência - da tutela é exame posterior ao do merecimento, pois este é insuficiente para justificar o recurso à coerção penal. É preciso mais, já que o direito penal somente pode ser utilizado como última solução, *ultima ratio* do Estado. Nas palavras de Dias,

Uma vez que o direito penal utiliza, como arsenal das suas sanções específicas, os meios **mais onerosos** para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social [...] da política jurídica, se revelem insuficientes e inadequados. [...] A função precípua do direito penal [...] reside na *tutela subsidiária* (de “*ultima ratio*”) de bens jurídico-penais.²⁰⁹

Como, afinal, a teoria dos Mandados Implícitos de Criminalização supera esse ônus argumentativo decorrente dos exames de merecimento e necessidade da tutela penal? De que maneira seus teóricos são capazes de construir uma doutrina que, ao mesmo tempo, cultiva (formalmente) os princípios do Direito Penal Liberal (nos quais se incluem os exames de merecimento e necessidade antes referidos), mas substancialmente com eles rompe?

A diferença está em perpetuar a *forma*, mas revolucionar o *conteúdo*. A doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização conservou o *nomen iures* ou a denominação de conceitos penais liberais como os da ofensividade, do bem jurídico-penal, da fragmentariedade e da subsidiariedade da tutela (*ultima ratio*), mas preencheu-os com novos significados (todos, “modernos”). Portanto, é possível, por exemplo, que doutrinadores

²⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*, op. cit., p. 59.

concordem que o Sistema Penal somente está legitimado a tutelar bens jurídico-penais e, ainda assim, em um caso concreto, surjam divergências irreconciliáveis entre eles. Por vezes, a diferença está na compreensão *diversa* do conteúdo material dos conceitos penais aplicáveis ao caso concreto.

Reitera-se, assim, a observação tecida anteriormente: a fluidez do texto constitucional acerca do objeto da criminalização permite e, até certo ponto, promove tais incongruências. Mas o contrário seria possível? É uma falha do constituinte brasileiro a abertura do objeto – legítimo – da criminalização, ou é apenas a mais pura demonstração dos limites do sistema jurídico? Sabe-se que o Direito trabalha *através* de três grandes narrativas – a legislativa, a jurisprudencial e a doutrinária –, ainda que ele não seja, apenas, uma narrativa (informação verbal).²¹⁰ Ele se mostra pela linguagem, mas está a ela circunscrito. Há, pois, limites para “dizer o Direito”: a tensão entre ambos é uma constante, mas o sistema jurídico impescinde da linguagem. O Direito Penal talvez seja o ápice do drama: exige da linguagem – desde o Iluminismo – a constituição de leis (narrativas) certas, precisas, anteriores e hipotéticas (mas factíveis, ao invés de fantasiosas) (informação verbal).²¹¹ Só que, quando é chegado o momento de narrar, com rigidez, o que pode ser objeto legítimo de tipificação penal, a relação entre Direito e Linguagem é rompida. Não há palavras. Elas faltam. Silenciam. Não ousam determinar, com definidade e taxatividade característica das normas de competência, ou mesmo a partir apenas de uma narrativa hipotética do suporte fático, o que, afinal, constitui o objeto do Direito Penal.

Como consequência, se as normas com estrutura rígida – de regra – têm por escopo fundamental eliminar problemas de conhecimento, a fluidez normativa, a partir de uma típica estrutura principiológica, transfere aos intérpretes e aplicadores o preenchimento do seu conteúdo no caso concreto. Em se tratando de normas que atuam na realização do controle de poder, essa abertura narrativa é paradoxal: não há limitação de poder quando o controlado é o próprio controlador. Por conseguinte, se a Constituição não determinou o conceito de bem jurídico-penal, de ofensividade e de *ultima ratio*, a teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização dotou-lhes do “seu” significado.

Dessarte, para essa teoria, compõem o conjunto de bens jurídico-penais todos os bens constitucionais. Promove-se, assim, uma relação de mútua referência entre o sistema penal e o

²¹⁰ COSTA, José de Faria. *Os fundamentos da proibição e sanção criminais no Terceiro Milênio*. Porto Alegre, Faculdade de Administração da Pontifícia Universidade Católica do RS, 08 jun. 2009. Congresso Internacional em Direito Penal – Humboldt-Kolleg im Strafrecht. VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais: Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio. Palestra proferida no evento.

²¹¹ Idem.

sistema axiológico constitucional (teoria constitucional do bem jurídico-penal). Já a ofensividade restaria configurada sempre que determinadas intervenções de terceiros (particulares) em bens ou direitos constitucionais impusessem um dever de tutela por parte do Estado. Isso significa, sem dúvida, que o conceito de “ofensividade” muito se aproximaria de questões relacionadas ao direito constitucional, como colisão, ponderação e graduação da tutela de direitos fundamentais. Tanto é assim que, existente o dever de tutela, o Estado interviria no “resultado natural” da colisão, reorganizando o âmbito de proteção de cada direito envolvido (por exemplo, com a criminalização uma das condutas). É possível ainda os realizar em diferentes graus, desde que seja preservado o “núcleo essencial” de cada direito (o que indica não apenas a adoção da teoria principiológica dos direitos fundamentais, mas também a da teoria externa).

Que determinado bem jurídico possua dignidade penal (seja um bem jurídico-penal) e que tenha sofrido ofensa considerável (ofensividade penal) significa, apenas, que é ele *merecedor* da tutela penal. Entretanto, é preciso ainda que a intervenção penal seja de todo *necessária*. Consoante previamente exposto, o exame de necessidade estaria relacionado com a característica de *ultima ratio, de tutela subsidiária* dos bens jurídico-penais. Contudo, quando a teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização relaciona o conceito de ofensividade com o de dever de tutela, pelo Estado, dos direitos fundamentais, então a compreensão da intervenção penal enquanto “tutela subsidiária” de bens jurídico-penais também é bastante modificada. A necessidade da utilização do Direito Penal estaria pautada pelo devido cumprimento do dever de proteção dos direitos fundamentais.

Seria, pois, o “princípio da proibição de proteção deficiente” pelo Estado, na realização do referido dever de tutela, que balizaria o exame da necessidade penal. Segundo Streck, a tal norma seria “espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que (sic.) estar-se-á em face do que (...) passou-se a denominar ‘proibição de proteção deficiente’²¹². Considerando, assim, que a proibição da insuficiência, para os doutrinadores da teoria sob análise, não permite *qualquer tutela minimamente efetiva*, mas sim a tutela *mais efetiva possível*²¹³, muitas vezes eles concluirão que apenas a utilização

²¹² STRECK, Lenio 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*, op. cit., p. 15) (grifado).

²¹³ Nesse ponto, divergem de Canaris, para quem o princípio da proibição de proteção deficiente *não* exige a adoção da medida mais eficaz possível (não haveria, pois, um dever de maximização no cumprimento do imperativo de tutela dos direitos fundamentais).

da tutela penal não violará tal proibição. Nesses casos, a sua escolha não seria opcional; o legislador, pelo contrario, estaria *vinculado* a um mandado – implícito – da própria Constituição que: (a) elevou determinados direitos à categoria constitucional (transformando-os em bens jurídico-penais) e (b) exigiu o cumprimento do dever de tutela dos direitos constitucionais da forma *mais eficiente possível* (princípio da proibição de proteção deficiente).

Em síntese, a existência dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização assim se justificaria: em se tratando de uma intervenção (“Y”) de grande monta, ocasionada por um particular (ofensividade), que reduza o âmbito de proteção de um direito fundamental “X” (bem jurídico-penal, merecedor de tutela penal, nos termos da teoria constitucional do bem jurídico), o Estado deve atuar de forma a proteger esse direito da referida intervenção (dever – positivo - de proteção pelo Estado em caso de restrições a direitos fundamentais ocasionadas por particulares). Em determinados casos, pela sua gravidade e pela insuficiência e ineficácia dos outros meios juridicamente legítimos e menos gravosos, a proteção somente será realizada, *da forma mais eficiente possível*, por meio de normas penais. Portanto, não possuiria o legislador penal qualquer liberdade para escolher outro meio de proteção, sob pena de violar a proibição de proteção deficiente, tornando sua medida escolhida viciada pela inconstitucionalidade. Daí o surgimento de um “*mandado constitucional implícito de criminalização*”.

Do exposto, é preciso atentar-se para o grande movimento que realiza o Direito Penal. Obteve-se, assim, a justificativa para sua expansão horizontal e vertical, concomitantemente à paradoxal preservação das suas antigas categorias (como a tutela exclusiva de bens jurídicos, a necessidade de ofensividade, a característica de *ultima ratio* etc), desde que estejam elas impregnadas de um “moderno” significado. Por “expansão horizontal” estar-se-ia denominando a extensão do Direito Penal a novos bens jurídicos. Como se percebe, a adoção da teoria constitucional do bem jurídico-penal dá fim à discussão da inclusão de bens jurídicos supraindividuais ao conjunto de bens merecedores da tutela penal. Assim, se eles estiverem albergados na Constituição, de plano, tornar-se-ão *dignos* da proteção penal. E o mais importante é que, apesar dessa grande modificação, o Direito Penal continuaria tutelando *exclusivamente* bens jurídico-penais, ainda que a sua ‘superfície’ de atuação (continuando a metáfora da “expansão horizontal”) tenha hipertrofiado.²¹⁴

²¹⁴ É o que se percebe da argumentação de Lenio Streck, ao afirmar que “da análise dos indícios formais axiológico-normativos constitucionais desvela-se uma tendência de ampliação da esfera de intervenção estatal penal, não só pela recorrente presença de indicações ampliadoras do direito penal manifestamente expressas na Carta Magna, mas também pela ampliação do rol de bens que foram elevados ao patamar constitucional e que,

Da mesma forma, por “expansão vertical” estar-se-ia denominando a antecipação da tutela penal em relação às possíveis ofensas ao bem tutelado, como também aos outros meios jurídicos ou meios sociais de controle. O Direito Penal passa a ocupar âmbitos anteriormente pertinentes a outros ramos do direito ou da sociologia, a fim de obter eficiência em sua intervenção. Da mesma forma, ao buscar adiantar-se aos acontecimentos, ou à própria realidade, *promove a ampliação do fato narrado para conseguir a antecipação da imputação* (informação verbal).²¹⁵ Ainda que a Constituição defina e imponha que a narração dos fatos penais futuros e hipotéticos só possa ocorrer a partir de *lei certa, precisa e anterior* (características que os iluministas acreditavam ser suficientes para uma descrição factual “não-equívoca”), o direito penal está, cada vez mais, repleto de “*open text*”: tipos abertos, técnica dos exemplos padrão e normas penais em branco (informação verbal).²¹⁶

É importante perceber que a escolha pela antecipação da tutela penal tem conduzido, inevitavelmente, a essa abertura narrativa: quanto mais anterior for a intervenção penal, maior será a perda da capacidade de descrever, com clareza, a conduta tipificada. Contudo, é pertinente indagar, ainda, de que forma se justifica a referida antecipação, a partir do exame da necessidade da intervenção penal. Ora, o resultado desse exame poderá ser modificado de acordo com a valoração da (in)adequação e (in)suficiência dos demais meios jurídicos na promoção da tutela “minimamente” necessária. Portanto, o momento da utilização do direito penal, inevitavelmente, irá antecipar-se caso se exija maior certeza e eficiência na proteção dos direitos fundamentais. A adequação dos outros meios jurídicos está, pois, a depender da determinação desse “mínimo” necessário²¹⁷. Com a sua elevação, a tutela pelo direito penal torna-se hegemônica, desprezando-se as demais. São essas as consequências da aplicação do

em razão disto, podem, com legitimidade constitucional, ser tutelados penalmente. (...) *A simples posituação de tais valores indica senão a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarida de tais bens*” (In: STRECK, Lenio 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*, op. cit., p. 7) (grifado).

²¹⁵ ROTSCH, Thomas. *Tempos modernos: Ortodoxia e heterodoxia em direito penal*. Porto Alegre, Faculdade de Administração da Pontifícia Universidade Católica do RS, 09 jun. 2009. Congresso Internacional em Direito Penal – Humboldt-Kolleg im Strafrecht. VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais: Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio. Palestra proferida no evento.

²¹⁶ COSTA, José de Faria. *Os fundamentos da proibição e sanção criminais no Terceiro Milênio*. Porto Alegre, Faculdade de Administração da Pontifícia Universidade Católica do RS, 08 jun. 2009. Congresso Internacional em Direito Penal – Humboldt-Kolleg im Strafrecht. VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais: Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio. Palestra proferida no evento.

²¹⁷ Por exemplo, pode-se observar a posição de Lenio Streck, afirma que “a posição que defendo em relação à intervenção estatal no corpo do direito penal e processual é a da intervenção *minimamente necessária para a realização do estado democrático de direito nos países de modernidade tardia*” (In: STRECK, Lenio 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*, op. cit., p. 7). Mas o que seria uma intervenção ‘minimamente necessária’? É por essa razão que o “mínimo” escapa, por vezes, da possibilidade de uma resposta unívoca do legislador/aplicador/intérprete.

princípio da proibição de proteção deficiente, pela exigência da *maior tutela possível* dos direitos fundamentais, nos termos preconizados pela teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização.

Com efeito, não por acaso os teóricos da doutrina analisada, especialmente Luciano Feldens e Douglas Fischer²¹⁸, inclusive para rebater as críticas que possivelmente sofreriam, buscaram justificar a existência de tais mandados também a partir da aplicação do “princípio”²¹⁹ da proporcionalidade (com o exame triplo: adequação, necessidade e proporcionalidade *strito sensu*). Esse “princípio” 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 concreta destinada a realizar uma finalidade”²²⁰. 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 da intervenção de terceiros privados) e o meio, o direito penal, ou seja, a criminalização de condutas. Como já se referiu, a doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização defende que, por 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.

Em sendo assim, restariam também cumpridos os requisitos da adequação e da necessidade do meio, já que a criminalização da conduta promoveria a proteção dos direitos fundamentais (exame de adequação), estando ausente, sob pena de violação da proibição da insuficiência, outro meio menos gravoso que promovesse igualmente tal fim (exame de necessidade). Quanto ao exame da proporcionalidade *strito sensu*, no qual se pondera a importância da promoção do fim em relação à intensidade da restrição dos direitos fundamentais contrapostos, os doutrinadores da teoria objeto deste estudo não hesitam em atribuir maior valor à promoção e proteção dos direitos fundamentais das vítimas ou dos “cidadãos” do que à proteção dos direitos fundamentais dos réus (em especial, o direito de liberdade).

²¹⁸ Reitera-se que eles encampam um conceito de proporcionalidade alinhado à teoria da Argumentação Jurídica e a conceitos de direitos fundamentais e ponderação de Robert Alexy, conforme mencionado no capítulo 1.

²¹⁹ Qualificou-se a proporcionalidade como princípio por assim entenderem os doutrinadores da teoria sob análise. Contudo, é importante ressaltar ser mais acertada a sua compreensão enquanto *postulado aplicativo normativo*, denominação utilizada nos termos defendidos por Humberto Ávila, o qual o conceituou como norma de segundo grau, que estabelece a estrutura da aplicação de outras normas, situando-se, pois, em nível distinto daquelas (In: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 88).

²²⁰ Idem, p. 113.

Também Lenio Streck e Maria Luiza Streck, para os quais o conceito de proporcionalidade é bastante diverso do anteriormente referido, dele se utilizam – na concepção própria que defendem – a fim de justificar a indispensabilidade da tutela penal para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais em determinados casos. Afirmando que a proporcionalidade atuará, no caso concreto, sempre como proibição do excesso, ou como proibição da insuficiência, referem, acerca desta última, que a partir dela é possível identificar um padrão mínimo exigido perante o legislador penal, já que resta caracterizado o limite inferior da sua margem de ação²²¹.

Ademais, a noção de mandado constitucional implícito de criminalização é verificada claramente nas obras dos referidos doutrinadores, em especial quando Maria Luiza Streck afirma que “a criminalização de uma conduta sempre será necessária quando a conduta a ser omitida põe em perigo um bem jurídico considerado digno de proteção penal”²²². Ou ainda quando Lenio Streck preconiza que “a simples positivação de tais valores [direitos fundamentais na constituição] indica senão a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarida de tais bens”²²³ [comentado]. Tal posicionamento, se somado à seguinte argumentação, demonstra, da mesma forma, a posição de Lenio Streck acerca das imposições constitucionais de criminalização:

[...] a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a **inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais** ou administrativas **para proteger determinados bens jurídicos.**²²⁴ [grifado]

2.2 INCONSISTÊNCIAS DOGMÁTICAS E FILOSÓFICAS DOS FUNDAMENTOS DA TEORIA DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

*“O terrorismo semeia o terror nas estruturas fundantes do direito constitucional e do direito penal. Estes dois direitos parecem mesmo transportar a cruz da ruptura antropológica que os dilacera”.*²²⁵

²²¹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição*, op. cit., p. 105.

²²² Idem, ibidem.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*, op. cit., p. 7.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Constituição e bem jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do código penal*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigolenio.doc> Acesso em 16 ago. 2009.

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. *Revista Brasileira de Ciências*

A doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização estrutura-se, em grande medida, no ideal de promoção de fins do Estado. Em nome deles, fundamenta-se a superação da dogmática mais clássica do Direito Penal, sempre que nela se verificar em um obstáculo, por um lado, a uma efetiva persecução penal e, por outro, a uma eficaz proteção dos direitos fundamentais.

É bem verdade que não apenas essa teoria, mas uma considerável parcela da doutrina penal nacional e internacional – e da jurisprudência – vêm advogando a necessidade de flexibilização de regras penais, em especial daquelas que definem garantias do réu. Justificam a tese no dever de promoção de fins de cada Estado – princípios constitucionais -, como a tutela dos direitos fundamentais, a efetividade da intervenção penal, a redução da violência etc. Que esses são fins do Estado, é cediço. No entanto, é preciso questionar se existem limites à sua busca. Afinal, em que medida a promoção de tais finalidades pode justificar os meios empregados? Para tal desiderato, é necessário propor estipulativamente: (a) um conceito de “fim”; (b) uma distinção entre regras e princípios e (c) os limites da interpretação finalística e da aplicação de princípios no direito penal.

Acerca do “fim”, empregando os conceitos propostos por Ota Weinberger²²⁶, definiu Humberto Ávila, em passagem que merece integral citação, que:

“um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à **função pragmática dos fins**: eles representam uma **função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim são conteúdos desejados.** Esses, por sua vez, podem ser alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir a previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma alemão). (...) A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. **Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso, a idéia de que os meios e os fins são conceitos correlatos**”.²²⁷ [grifado]

Em apertada síntese, a proposta de conceito estipulativo²²⁸ de fim se consubstanciaria nas seguintes assertivas: (a) um “fim” exprime uma orientação prática, um norte para a tomada de decisão; (b) os fins propõem estados ideais de coisas (*state of affairs*), que seriam o conjunto dos vários conteúdos que integram tais finalidades. Dada a intangibilidade da relação

Criminais, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 329-45, jan-fev. 2006, p. 329.

²²⁶ WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. 2.ed. Berlin, Duncker und Humblot, 1989 *apud* ÁVILA Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 70-1.

²²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 70-1.

²²⁸ Portanto, como proposta de utilização do vocábulo com um sentido determinado, com preferência sobre

dos fins com seus meios, torna-se indispensável a definição deste. Conforme consta no trecho precitado, cujo conteúdo é aqui adotado, os meios seriam “condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim”²²⁹.

Em sendo assim, no caso do fim estatal da *proteção dos direitos fundamentais*, por exemplo, a busca de um estado ideal de coisas, que seria o conjunto dos possíveis conteúdos desse fim, poderia ser concretizada com a atuação do Estado em programas de inclusão social, de prevenção à violência, de valorização da educação. Da mesma forma, é possível a utilização de meios jurídicos – inclusive, penais, como a majoração das penas tipificadas, a redução da maioria penal etc – desde que, em qualquer dessas hipóteses, se obtenha como efeito do meio escolhido a promoção gradual do fim; portanto, desde que seja cumprida e respeitada a função *diretiva, de orientação na tomada da decisão*, que representa a finalidade.

Já o segundo ponto a ser analisado – que está intimamente ligado ao anterior – é a relação do conceito de finalidade com as duas seguintes espécies deontológicas jurídicas: as regras e os princípios. Nos termos do capítulo 1 deste estudo, defende-se que alguns dos teóricos da doutrina dos mandados constitucionais implícitos de criminalização – no caso Douglas Fischer e Luciano Feldens - adotaram a distinção proposta por Robert Alexy, então exposta. Diante disso, seria importante apenas ressaltar os seguintes pontos defendidos por este autor alemão: (a) os princípios determinam deveres de otimização, consoante as possibilidades fáticas (porque o conteúdo do princípio enquanto norma depende do caso concreto) e jurídicas (porquanto a aplicação do princípio está a depender das normas jurídicas contrapostas) do caso. São ponderados, reciprocamente limitados, com eficácia apenas *prima facie*; (b) as regras já apresentam a solução previamente ao caso, afastando considerações de ordem subjetiva do aplicador, de modo que, se suas premissas são preenchidas, a regra deve ser aplicada, salvo em caso de conflito, quando então será inválida uma das regras, ou criada uma exceção implícita. Elas apresentam, pois, pretensão de definitividade.

Por sua vez, doutrinadores como Lenio Streck e Maria Luiza Streck apresentam um conceito *diverso* acerca de tal distinção, porquanto defensores da *hermenêutica filosófica*, preconizando, dessa forma, que os princípios atuam no ordenamento jurídico a fim de manter a coerência e a integridade do Direito. Para eles, essa peculiar leitura acerca dos princípios evitaria – ao invés de promover – o subjetivismo do juízo, ao (re)introduzir a *intersubjetividade* na aplicação e interpretação do direito. Além disso, outra característica muito importante que pode ser verificada nas suas obras é a valorização do

outros.

²²⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 71.

“*neoconstitucionalismo*”, certamente um dos fenômenos mais notórios de teorização e interpretação do Direito Constitucional Brasileiro desde a CRFB de 1988. Ressalta-se que, embora não se trate de uma teoria homogênea - muitos falam em *neoconstitucionalismo(s)* -, é possível referir que, dentre as suas principais características²³⁰, foram encampadas por Lenio Streck e Maria Luiza Streck, em especial, as seguintes: a) valorização dos princípios em detrimento de regras²³¹; b) valorização da *justiça do caso concreto* em detrimento da *justiça geral da lei*²³² e c) valorização do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo (pela própria justiça do caso concreto e pela aplicação de princípios).

É seguro, inclusive, afirmar que *todos* os estudiosos (referidos neste trabalho) dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização e – especialmente – dos deveres de proteção dos direitos fundamentais utilizam as premissas do neoconstitucionalismo ao teorizar, aplicar e interpretar a Constituição República Federativa do Brasil de 1988. Cada qual a seu modo. Luciano Feldens e Douglas Fischer parecem preconizar que, em sendo os direitos fundamentais princípios, eles atuam como mandados de otimização. Por conseguinte, exigem e obrigam os poderes estatais a adotarem condutas que os promovam e os protejam da forma mais eficaz possível (dever de maximização da relação meio-resultado). Lenio Streck e

²³⁰ Sobre as características principais da teoria do neoconstitucionalismo, junto à apresentação de severas críticas sobre a sua utilização desmedida e inconseqüente no Brasil, ver artigo de Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira de (Coord.). et. al. *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009).

²³¹ É o que se verifica da leitura do seguinte excerto da obra de Lenio Streck: “parcela expressiva da comunidade jurídica brasileira não se deu conta de que a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito, porque através dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático” (In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 176). Da mesma forma, a leitura de Maria Luiza Streck permite vislumbrar a semelhanças das posições de ambos os autores: “Sob a égide das constituições compromissórias e dirigentes, passou-se a colocar, no próprio texto constitucional, os conflitos e as demandas da sociedade. O fracasso do positivismo, que trabalhava o direito como um conjunto de regras, faz com que esse novo constitucionalismo introduza, no campo do direito, a noção de princípio. (...) será preciso compreender que o novo constitucionalismo – e os princípios que o conformam e lhe são condição de possibilidade – proporciona uma profunda alteração no papel do direito” (In: STRECK, Maria Luiza. *Direito penal e constituição*, op. cit., p. 61 e 63).

²³² É o que se observa na seguinte argumentação: “os princípios são trazidos para dentro do direito a partir de uma gama de princípios, possibilitando o resgate do mundo prático, antes aprisionado em um mundo de regras. A abstração das regras esquece o mundo prático dos princípios porque trabalha com técnicas subsuntivas de interpretação, deixando de lado a singularidade do caso concreto” (In: STRECK, Maria Luiza. *Direito penal e constituição*, op. cit., p. 77). A autora, da mesma forma, ao manifestar-se acerca da dispensa de laudo criminológico para progressão de regime a partir do advento da Lei n. 10.792/03, a qual entende inconstitucional por violação à proibição de proteção deficiente, referiu que “embora a argüição de inconstitucionalidade não tenha sido expressamente acolhida, o Supremo Tribunal Federal e alguns Tribunais vêm adotando um interpretação conforme a constituição, decidindo que o exame – laudo – criminológico pode ser realizado, se o Juízo das execuções ou o membro do Ministério Público, *diante do caso concreto*, entender necessário, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido de progressão de regime” [grifado] (In: STRECK, Maria Luiza. *Direito penal e constituição*, op. cit., p. 144-5).

Maria Luiza Streck, por sua vez, considerando os princípios como integrativos do Direito (Dworkin), entendem que, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, na sua característica de proibição de proteção deficiente, deve-se proteger e promover os direitos fundamentais, invalidando – porque inconstitucionais - normas que restrinjam a tutela de direitos fundamentais.

Ademais, para todos esses doutrinadores, perante o Poder Legislativo, as determinações dos princípios (seja pelo dever de maximização dos direitos fundamentais, seja pela sua característica de garantidor da integridade do Direito) podem vir a significar a necessidade de novas criminalizações de condutas. Em relação ao Poder Judiciário, o dever de promoção de uma finalidade – de um princípio - poderia influenciar a construção da norma a partir da interpretação do texto normativo, ou mesmo questionar a aplicação, ou não, de determinada regra (sempre que ela prejudique a promoção do estado de coisas buscado) e, ainda, ser objeto de ponderação pelo aplicador, em relação a outros fins contrapostos. Em síntese, *os poderes estatais teriam o dever de sempre considerar o efeito das suas decisões na promoção dos fins do Estado.*

Então, devem, os poderes estatais, realizarem condutas cujos efeitos promoveriam o Estado ideal de coisas/fim da proteção dos direitos fundamentais? *Prima facie*, tal raciocínio parece inquestionável, correto. Contudo, algumas situações extremas – quase caricaturais – que podem surgir a partir de casos práticos merecem análise e questionamento. Por exemplo, a norma constitutiva do art. 5º, inc. XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual determina que as regras penais que tipificam crimes somente possuem validade jurídica se os *definir*, ou seja, se não faltar à regra a característica da tipicidade material. Portanto, é preciso que a lei seja *certa*. Não obstante, caso se interprete a exigência da tipicidade material “à luz” do dever de proteção dos direitos fundamentais (estado ideal de coisas/fim), não serão poucos os aplicadores que concluirão no sentido de que é inadmissível um conceito demasiadamente rígido de *tipicidade material*. A necessidade de flexibilização restaria justificada no dever de promoção da referida tutela, uma vez que a determinação de uma tipicidade material estrita, ou de uma narração da conduta criminosa demasiadamente definida, acabaria por reduzir – e muito – as condutas abrangidas pela norma, não sendo possível proteger o bem jurídico de uma série de ações que, embora mais genéricas, também o ofendem gravemente.

Prosseguindo no exemplo, ainda que a norma penal definidora do crime esteja materialmente tipificada, é possível que surja esta outra controvérsia: imagine-se que tal regra penal tutela o bem jurídico da intimidade/inviolabilidade do domicílio. Caso se observe, em

um determinado caso concreto, que uma importante hipótese de afetação daquele bem não está, *a priori*, inclusa no tipo penal, então a busca de um maior tutela e proteção daquele bem jurídico-penal – que também é um *direito fundamental* – permitiria a interpretação de tal norma tipificadora de forma a ampliar sua hipótese de incidência? Em outras palavras, com base no fim da proteção dos direitos fundamentais seria justificável a extensão da hipótese de incidência da norma – extensão, pois, teleológica –, de forma a incluir aquela conduta antes externa ao tipo? Da mesma forma, a questão da possibilidade de afastar a aplicação de uma regra que configura uma garantia do réu - mas que dificulta muito a persecução penal - a partir da sua ponderação com o princípio da proteção de direitos fundamentais dos cidadãos ganha destaque.

Ora, caso se considere que, quanto mais rígido e punitivo for o sistema penal, mais eficaz será a promoção da tutela de direitos fundamentais, então a criação legislativa, ou mesmo a interpretação e a aplicação de regras penais baseada, apenas, na busca irrestrita de tal finalidade conduzirá a um direito penal completamente *intolerante*. Por conseguinte, a persecução incondicional desse fim do Estado impede qualquer imposição de limites ao poder punitivo, porque a alocação de poder depende de regras e, mais ainda, de regras de competência, nas quais essencialmente não há finalidades materiais subjacentes, mas apenas a concretização do princípio – formal²³³ - da segurança jurídica. Assim, *existem limites à interpretação principiológica no Direito Penal*.

Em realidade, a crítica que será aqui proposta vai além: é antes uma crítica ao neoconstitucionalismo – presente nas obras dos doutrinadores objetos deste estudo - enquanto Teoria Filosófica do Direito. Uma crítica, em síntese, à noção de que a teoria positivista das fontes vem a ser superada pelo neoconstitucionalismo, ou ainda que a velha teoria da norma dará lugar, *sempre*, à superação da regra pelo princípio; do Poder Legislativo pelo Judiciário; da “Lei geral” pelo caso concreto.

2.2.1 Alguns conceitos fundamentais

Para tal desiderato, propõe-se, desde logo, uma definição estipulativa de regra e de princípio, a qual, além de adotada neste estudo, será também importante para fundamentar a

²³³ Segundo Alexy, princípios formais não estabelecem nenhum conteúdo, mas apenas determinam quem deve estabelecer aquele conteúdo e como estabelecê-lo. Exemplificando, o jurista alemão refere que assim é o Princípio Democrático, que impõe que o legislador democraticamente legitimado seja, na maior medida possível, quem tome as decisões da comunidade. Seria este, pois, um princípio formal ou procedimental (In: ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Col. Registradores PR, 2004, p. 91).

indispensabilidade de limitações a juízos principiológicos e, por vezes, consequencialistas no Direito Penal. Opta-se pela definição apresentada por Humberto Bergmann Ávila, nos seguintes termos:

As regras são normas **imediatamente descritivas**, primariamente **retrospectivas** e com **pretensão de decidibilidade e abrangência**, para cuja aplicação se exige a **avaliação** da correspondência, sempre **centrada na finalidade** que lhes dá suporte ou nos **princípios** que lhes são **axiologicamente sobrejacentes**, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas **imediatamente finalísticas**, primariamente **prospectivas** e com **pretensão de complementaridade e de parcialidade**, para cuja aplicação se demanda uma **avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido** e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.²³⁴ [grifado]

A partir de tais conceitos (cujo conteúdo será a seguir melhor analisado), seria possível propor a qualificação de determinadas normas penais como regras ou como princípios. Seriam *regras*: as regras de competência (como a do art. 22, inc. I da Constituição brasileira de 1988), as normas constitutivas previamente referidas (como as do art. 5º, inc. II, inc. XXXIX, inc. XL e inc. LIV da Constituição brasileira de 1988), as garantias constitucionais do réu (como aquelas dos art. 5º, inc. XI, inc. XII, inc. XXXVII, XXXVIII, XLV, e do art. 5º, inc. XLV ao inc. LXVII). Também os tipos penais – sejam eles localizados no Código Penal ou em leis extravagantes - seriam regras. Por outro lado, seriam *princípios constitucionais*, consoante a definição estipulativa encampada neste trabalho, a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, inc. II da Constituição brasileira de 1988), bem como os princípios constitucionais implícitos como o “dever de proteção dos direitos fundamentais”, a “eficácia da tutela penal”, a “superação da insegurança social” etc.

Nos termos do capítulo 1 (um) deste estudo, defende-se que um dos principais pilares da doutrina dos mandados constitucionais implícitos de criminalização é a existência de deveres de proteção, pelo Estado, de direitos fundamentais e, dessa forma, a necessidade de construir um direito penal *eficiente*. Consoante a classificação anteriormente proposta, tanto o dever de tutela dos direitos fundamentais, quanto à busca da eficiência no direito penal compõem o ordenamento jurídico enquanto normas *princípio*, que ordenam a busca de um estado ideal de coisas (*state of affairs*), ou seja, normas que dizem o que *dever ser* (*ought-to-be-norms*).²³⁵ Contudo, a incondicional promoção de tais princípios tem ensejado, no Brasil, a flexibilização (a partir da reconstrução do suporte fático) e superação de muitas regras penais. Por vezes, verifica-se bastar a mera evocação daqueles que, de imediato, é possível

²³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 70.

afastar a aplicação de eventual regra cuja hipótese fática haja sido preenchida, uma vez que seus comandos seriam demasiadamente rígidos e restritivos, de tal maneira e impedir a promoção de fins do estado como, por exemplo, a própria tutela de direitos fundamentais. Pode ser, assim, tão singela, a superação de regras?

Não. Em realidade, conforme bem referiu José Reinaldo de Lima Lopes, a impressão que se tem é a de muitos dos aplicadores do direito viram na distinção entre regra e princípio “uma possibilidade de ‘flexibilizar’ o direito, que os incomodava como se fosse excessivamente rígido. [...] a possibilidade de dizer que certos juízos contra as leis não são arbitrários porque são conformes a princípios e princípios valem mais do que leis ou regras”²³⁶. Por conseguinte, uma análise séria e responsável das características das regras e dos princípios claramente aponta os rígidos limites da busca de um fim, ou da realização de uma interpretação principiológica ou finalística no Direito e, por isso, também no Direito Penal. Inicialmente, salienta-se que as características de tais espécies normativas serão analisadas sob os mesmos enfoques que Humberto Ávila, autor da distinção aqui encampada, apresenta: (a) natureza do comportamento descrito; (b) justificativa que exigem para a aplicação e (c) contribuição para a decisão²³⁷.

Quanto ao primeiro critério de distinção, defende-se que as regras, conforme Ávila, são normas “imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a *descrição* da conduta a ser adotada”²³⁸ ou ainda mediante a definição da parcela de poder exercida²³⁹; os princípios, “normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”²⁴⁰. Como se observa, enquanto nas regras predomina a característica *descritiva*, de previsão, razoavelmente não-equívoca, de um comportamento a ser tomado, nos princípios prevalece a *finalidade*, ou ainda, a determinação da busca e concretização de um fim/estado ideal de coisas relevante para o ordenamento jurídico, especialmente para o Estado.

O eminente constitucionalista ainda preconiza que os princípios seriam *deônticos e teleológicos*: aquele, porque apresentariam razões para a existência de obrigações, mandados e permissões; este, porque tais obrigações, mandados e permissões seriam consequência de

²³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 64.

²³⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, n. 160, p. 49-64, out.-dez. 2003, p. 50.

²³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 63-9.

²³⁸ Idem, p. 63.

²³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Regra-matriz versus princípio. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *et al. Direito Tributário. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 69.

efeitos decorrentes de um comportamento (um meio) que promove o fim conteúdo do princípio.²⁴¹ São normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*)²⁴². Já as regras seriam deônticas e deontológicas, uma vez que além de apresentarem razões para a existência de obrigações, permissões e proibições, também porque tais modalidades deônticas decorrem de uma norma que indica *o que fazer* (*ought-to-do-norms*).²⁴³

Como último ponto importante no critério do comportamento devido, é preciso perceber que tanto regras quanto princípios se relacionam com *finalidades* e *comportamentos*, mas de maneira diversa quantitativa e qualitativamente. Quantitativa, porque se altera o grau de importância do fim almejado e da conduta a ser executada em cada uma dessas espécies normativas (dever mediato ou imediato da norma); qualitativa, porquanto é diversa a forma com que as regras e princípios se relacionam com finalidades e comportamentos (descrição de uma conduta ou estabelecimento de um fim a ser buscado). Consoante Ávila,

Ambas as normas, contudo, podem ser analisadas tanto sob o ponto de vista comportamental quanto finalístico: as regras instituem o dever de adotar o *comportamento descritivamente prescrito*, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para realizar o estado de coisas; as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim, e os princípios estabelecem o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela adoção de comportamentos necessários.²⁴⁴

Em síntese, as regras exigem do intérprete, como dever fundamental, o respeito estrito ao seu comando e, como dever secundário, a compatibilidade da sua aplicação, no caso concreto, com a finalidade subjacente e os princípios sobrejacentes. Já os princípios apresentam como dever fundamental, a promoção de um fim e, como dever secundário, a realização de uma conduta necessária – ou seja, aquela cujos efeitos contribuam na promoção do estado ideal de coisas (*state of affairs*).

No que tange ao segundo critério de distinção, qual seja, o da justificativa que as espécies normativas exigem para a sua aplicação, as regras demandariam a “correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte”²⁴⁵, ao passo que os princípios exigiriam “uma avaliação da correlação entre o

²⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 63.

²⁴¹ Idem, p. 63-4.

²⁴² AARNIO, Aulis. *Reason and Authority. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 183 *apud* ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 64.

²⁴³ AARNIO, Aulis. *Reason and Authority. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*, op. cit., p. 181 *apud* ÁVILA, 2005, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 64.

²⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 64.

²⁴⁵ Idem, p. 65.

estado de coisas posto como fim e os efeitos da conduta havida como necessária”²⁴⁶. Portanto, para que um aplicador justifique e legitime a incidência de determinada regra no caso concreto, terá de argumentar no sentido de que houve a correspondência daqueles fatos à hipótese normativa *e também* à finalidade que dá suporte à regra (porque, reitere-se, as regras também se relacionam com finalidades, ainda que de forma *mediata*). Contudo, diversamente dos princípios, nas regras, “a previsão sobre um estado futuro de coisas é imediatamente irrelevante”²⁴⁷.

Ressalta-se, no entanto, que é preciso, para aplicar tal espécie normativa, além do preenchimento do suporte fático da norma, também a compatibilidade da sua incidência, no caso concreto, com a finalidade *subjacente* à regra²⁴⁸, ou seja, com a *ratio legis* ou *rule’s purpose*. Por vezes, é possível que não ocorre simultaneamente essas duas correspondências: aquela entre a descrição dos fatos e a descrição da norma e aquela entre a descrição dos fatos e a finalidade da norma, mas somente uma delas. Nesses casos, ter-se-á uma dificuldade adicional de grande relevância, cuja análise será, no momento oportuno deste estudo, realizada.

No que tange à justificativa demandada para a aplicação de princípios, concorda-se com Humberto Ávila, para quem a sua incidência e a sua interpretação exigem “uma avaliação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”²⁴⁹. Portanto, nessa espécie normativa, a determinação da promoção de uma finalidade toma o lugar da descrição de uma conduta (característica das regras), de tal forma que a legitimidade da incidência do princípio depende da “*correlação*” (não da correspondência, típica do juízo de subsunção de regras) entre o fim/estado de coisas almejado e os efeitos da utilização do meio tido como necessário à sua promoção. Trata-se, em síntese, de um exame de meios e fins.

Quanto ao último critério de distinção a ser examinado, qual seja, o do grau de contribuição para a decisão, as regras, conforme Ávila, consistiriam em “normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que [...] têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”²⁵⁰. Apresentam, pois, “pretensão terminativa”, já que determinam, em definitivo, a resolução do problema jurídico. Ao

²⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 65.

²⁴⁷ Idem, *ibidem*.

²⁴⁸ SUUMMERS, Robert. Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification. *The jurisprudence of Law’s form and substance (Collected essays in Law)*. Alderhot: Ashgate, 2000, pp. 155-236 (224) *apud* ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 65.

²⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 65.

ponderar previamente todos os aspectos relevantes do conflito – todas as outras razões incidentes -, o conteúdo da regra torna-se capaz de afastar a necessidade do aplicador realizar todo esse processo de tomada de decisão, porquanto a solução já está predeterminada na regra.

Por sua vez, os princípios, consoante Ávila, consistiriam em normas “primariamente complementares e preliminarmente parciais”²⁵¹. Uma vez que abrangem apenas em parte os aspectos relevantes para a tomada de decisão, “não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”²⁵². Portanto, justamente porque determinam finalidades ou estados de coisas (*state of affairs*) a serem promovidos, apresentam razões jurídicas para que a solução da controvérsia seja em um determinado sentido. Contudo, tais razões devem ser complementadas por outras, as quais possuem determinações, por vezes, em sentido oposto àquelas, de tal forma que será a partir de uma análise desse conjunto, pelo intérprete, que enfim se chegará à decisão jurídica *para o caso concreto*. Conforme bem preconizou Humberto Ávila,

Os princípios, ao deixarem aberta a escolha dos meios a serem escolhidos para sua promoção, não trazem uma solução para o conflito de interesses que pode surgir no processo de aplicação, proporcionando, com isso, uma diferente interação com outras normas, com as quais eventualmente entra em conflito.²⁵³

Do exposto, defende-se que resta clara a justificativa da impossibilidade do apelo incondicional - quando da aplicação de uma regra de Direito Penal – a argumentos teleológicos, como a promoção da proteção dos direitos fundamentais. Ora, estando a regra dotada, preliminarmente, de pretensão de definitividade, por excluir a análise de outras razões quando da sua aplicação (como princípios contrapostos e fins do Estado), conforme referido, descabe realizar novamente todo o processo da tomada de decisão, cuja conclusão já seria predeterminada - e ordenada - pela regra. Ademais, basta a mera correspondência entre os fatos do caso e a descrição da norma para que esteja, *a priori*, plenamente justificada a incidência da regra. Daí porque se defende *não* poder ser tão singela a argumentação que afasta a incidência de uma regra penal a partir da sua ponderação com um princípio contraposto.

No entanto, a dificuldade aumenta quando se aceita que também as regras são preliminarmente e predominantemente *decisivas*, ou seja, por vezes, em casos

²⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 68.

²⁵¹ Idem, ibidem.

²⁵² Idem, ibidem.

excepcionalíssimos, são alteradas, flexibilizadas e até mesmo superadas no caso concreto. Em sendo assim, parece incompreensível a crítica aqui dirigida à utilização de princípios e de juízos teleológicos para a superação de regras. Entretanto, ainda que se afirme a possibilidade de superação de regras, defende-se que se trata de hipóteses excepcionais, determinadas, que requerem a superação de uma série de ônus argumentativos. Contudo, as justificativas que, na prática, têm sido apresentadas para tanto, por vezes, ignoram toda essa dificuldade e se baseiam em argumentos inconsistentes, às vezes obscuros, às vezes consequencialistas.

2.2.2 Problemas filosóficos e de teoria do direito da doutrina estudada: o neoconstitucionalismo, a autoridade da lei e a ética consequencialista no Direito Penal

Por neoconstitucionalismo, é possível compreender uma determinada – mas não totalmente homogênea – maneira de *conceber e interpretar* a Constituição. Originalmente compreendido como uma forma *antipositivista* de aproximação com a teoria do direito, ele difundiu-se imensamente no vocabulário dos jusfilósofos Europeus, especialmente os italianos e os espanhóis, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com as novas constituições dos Estados. Em termos de definição estipulativa para os fins deste estudo, agregar-se-ão os conceitos de neoconstitucionalismo apresentados por Susanna Pozzolo e Humberto Bergmann Ávila.

“A doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão sobretudo, uma **política constitucional**: que indica não como o direito *é*, mas como o direito *deve ser*”²⁵⁴. Com esta assertiva de conteúdo muito relevante, Susanna Pozzolo inicia a sua análise acerca do *neoconstitucionalismo* e, de imediato, posiciona-se em relação a um dos pontos mais importantes da discussão em torno de tal teoria, qual seja, as possibilidades – e os limites – da interpretação jurídica a partir das regras e princípios constitucional, nos seguintes termos:

As exigências interpretativas avançadas do neoconstitucionalismo são estreitamente dependentes do modo em que tal doutrina concebe a Constituição. Sustento que o modo de interpretar a Constituição é estreitamente relacionado com o modo de concebê-la, isto é, a metodologia interpretativa e as suas exigências conexas não dependem da configuração, por assim dizer, neutra, objetiva ou verdadeira, mas sim de uma específica reconstrução neoconstitucionalista, em particular, da adoção do modelo *prescritivo da Constituição como norma*; e a partir

²⁵³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Regra-matriz *versus* princípio, op. cit., p. 72.

²⁵⁴ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 78.

daí derivam critérios interpretativos específicos, úteis para caracterizar a mesma doutrina neoconstitucionalista.²⁵⁵

É essa *concepção inicial* de Constituição que conduz à certa percepção da realidade por parte dos operadores do direito, a qual condiciona e direciona sua *práxis*. Das características expostas, Pozzolo apresenta seu conceito de neoconstitucionalismo: a) adoção de um modelo específico de Constituição (o “modelo prescritivo de constituição como norma”²⁵⁶); b) tese de que o direito é composta também por princípios; c) adoção da técnica interpretativa da ponderação ou balanceamento; d) a concessão de tarefas de *integração* do direito à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito.²⁵⁷

Já Humberto Ávila conceitua o fenômeno do neoconstitucionalismo a partir de quatro fundamentos: o normativo (de um sistema de regras ao um sistema de regras e princípios, sendo que estes valem mais do que aqueles); o metodológico (com o surgimento dos princípios, bem como pela sua importância, a típica atividade do raciocínio jurídico não é mais a lógica hipotética-dedutiva, mas a ponderação ou o balanceamento, enquanto atribuição de pesos aos princípios); o axiológico (da justiça geral à justiça particular: a importância da análise das circunstâncias do caso concreto para afastar a incidência incondicionada de uma regra) e, por fim, o organizacional (do Poder Legislativo ao Poder Judiciário: a Constituição como fundamentais fontes do direito).²⁵⁸

Na prática e para os fins deste estudo, a consequência mais relevante advinda de tal concepção de Constituição – e de todas as questões daí provenientes –, é a afirmação genérica da supremacia dos princípios em relação às regras e, portanto, da indispensabilidade da consideração daqueles sempre que possam contribuir para a decisão do caso concreto. Se dessa consideração concluir-se pelo equívoco da determinação da regra, afasta-se esta, aplicando-se o princípio constitucional tanto na função “bloqueadora” de regras, como na “integrativa” do ordenamento jurídico (solvendo o caso, pois, a partir de princípios jurídicos, não discricionariamente, já que o neoconstitucionalismo afirma-se diverso do juspositivismo e, portanto, nega a margem de configuração do juiz).

Uma dúvida que remanesce – e se mostra muito instigante – é a seguinte: a aplicação da teoria *neoconstitucionalista* de forma ilimitada é algo necessariamente adequado e bom para o Direito Penal? Não haveria efeito pernicioso algum para o sistema penal? Previamente

²⁵⁵ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico, op. cit., p. 78.

²⁵⁶ Idem, p. 79.

²⁵⁷ Idem, p. 78-9.

²⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergamnn. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, op. cit, p. 188.

à apresentação de uma resposta ao questionamento, seria importante analisar alguns exemplos práticos, considerando as premissas preconizadas por essa teoria. Ora, se é devida a consideração do que determinam os princípios sempre que aqueles possam, de alguma forma, contribuir para a decisão no caso concreto, não é demasiado exagero concluir que, dada a sua característica de generalidade e abstração, algum deles contribuirá, *sempre, de alguma forma*, para a tomada de decisão. Em sendo assim, a regra jurídica, de determinação, conforme antes referido, *terminativa*, tornar-se-ia pouco além de mero conselho, respeitável ao bel-prazer do aplicador.

Isso porque, sempre que o aplicador verificasse a existência de princípios constitucionais que contribuam para a decisão, bem como que a regra, na sua concepção e interpretação da Constituição, *não* apresenta a solução ótima para o conflito moral ou de razões, estaria ele – o aplicador – legitimado para realizar novamente a tomada de decisão, afastando a regra (eficácia bloqueadora do princípio) e apresentando a “devida” solução para o caso concreto (eficácia integrativa do princípio). A dificuldade é que, dessa forma, as determinações do que é devido, proibido ou permitido seria determinado, *a posteriori, individualmente, no caso concreto*. Não apenas haveria um incentivo ao já elevado subjetivismo nas decisões judiciais, como também à total insegurança e instabilidade do ordenamento jurídico. O problema é que – e esta é uma metáfora singela, mas essencial para compreender o problema que está sob análise – “Estado-de-Direito-imprevisível” é um oxímoro. O caráter heterolimitador do direito lhe é constitutivo, a tal ponto que, como muito bem referiu Humberto Ávila,

Uma norma jurídica (ou mandamento) diferencia-se de um conselho por dever ser considerada e por dever servir de orientação para a conduta a ser adotada. Um conselho é aquilo que não precisa ser levado em consideração, mas mesmo que o seja, não necessariamente precisa orientar a conduta a ser adotada. Além de dever servir de critério orientador da conduta, um mandamento caracteriza-se por ser externo e autônomo relativamente ao seu destinatário: o mandamento só exerce sua função de guia de conduta se for independente do seu destinatário. E para ser independente do seu destinatário, ele precisa ser por ele minimamente reconhecível antes da conduta ser adotada.²⁵⁹

Em realidade, o que se verifica nos casos concretos é a defesa, em nome da justiça *particular*, e do respeito a princípios constitucionais, de entendimentos que, ao fim e ao cabo, ensejariam, por vezes, arbitrariedade e *injustiça*. Dois problemas concretos emblemáticos – e questionados por parte dos autores cujas obras integram o objeto deste estudo - exigem

²⁵⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, op. cit., p. 194.

análise: (a) a dispensa de laudo criminológico para a progressão do regime prisional; (b) a inclusão de crimes contra idosos dentro do procedimento dos “crimes de menor potencial ofensivo”. Ressalta-se desde já que tal análise, considerando as razões deste trabalho, não poderá ser da extensão merecida.

Inicialmente, quanto à dispensa de laudo criminológico para a progressão de regime prisional, nos termos do art. 112 da Lei de Execuções Penais, a partir da alteração introduzida pela Lei nº 10.792/03, Lenio Streck²⁶⁰ e Maria Luiza Streck a consideram inconstitucional, por se tratar de dispositivo violador da proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais. Isso porque, antes de possuir a atual redação, tal artigo exigia que a progressão de regime ocorresse somente com decisão fundamentada do juiz, precedida de Parecer de Comissão Técnica de Classificação e de exame criminológico (requisitos subjetivos), bem como do tempo de cumprimento da pena no regime anterior, mais gravoso. A nova redação claramente excluiu o laudo criminológico do rol de requisitos para a progressão, bastando, pois, que o apenado cumpra o requisito objetivo – tempo de pena já transcorrido – e o subjetivo, configurado agora em apenas um atestado de bom comportamento emitido pelo diretor do estabelecimento prisional.

Afastando-se dos demais argumentos apresentados pelos autores antes referidos a fim de justificar a referida inconstitucionalidade (alheios à proposta deste estudo), analisar-se-á tão somente a alegação de que a lei violou a proibição de proteção deficiente. Segundo Maria Luiza Streck,

O nosso sistema constitucional impõe que o legislador produza leis que venham proteger os direitos fundamentais [...], devendo, sim, atender a [sic] devida proporcionalidade no que diz respeito à proibição de proteção deficiente. No caso em tela, o legislador e o Estado *protegeram de forma insuficiente o bem jurídico*, causando uma inconstitucionalidade por omissão em seu dever protetivo. O Estado não poderiam, sem uma devida prognose, suprimir a necessidade dos laudos criminológicos, pois tais exames possibilita(va)m um controle daqueles criminosos que seriam beneficiados com um regime menos gravoso de cumprimento da pena e, conseqüentemente, passariam a conviver em sociedade.²⁶¹

Diante da argumentação exposta, resta questionar: o Poder Legislativo estava proibido, sob pena de inconstitucionalidade por *proibição de proteção deficiente*, de realizar a supressão de laudos criminológicos para progressão de regime? Ora, considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil deixou em aberto a decisão acerca disso,

²⁶⁰ Conforme representação apresentada juntamente ao Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade da Lei Federal 10.792/03, no que alterou o art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/representacaopgr.doc>. Acesso em 22 de agosto de 2009.

²⁶¹ STRECK, Maria Luiza. *Direito penal e constituição*, op. cit, p. 145.

delegando-a tacitamente ao legislador ordinário, é este quem tem a competência para fazer a ponderação. No caso, ponderou-se, em síntese, se prevaleceria nessa escolha o direito de liberdade do réu ou o direito à proteção da sociedade. Desse modo, o fato de a escolha ter sido no sentido de tutelar o direito de liberdade tornou-a inconstitucional porque não mais seria possível um alegado “controle daqueles criminosos que seriam beneficiados com um regime menos gravoso”? Crê-se que não, pois não se pode continuar a tratar o tema de forma pretensamente inversa: o legislador não precisa provar a desnecessidade de utilização do Direito Penal ou – no caso – a desnecessidade de utilização do laudo criminal. São aqueles, devidamente legitimados para tanto, que devem, com argumentos consistentes, provar o contrário. Não se verifica, na mera alegação de que não mais se poderá “controlar” os criminosos, razão suficiente para declarar a inconstitucionalidade de tal norma.

Ademais, também não se entende como justificada a restrição teleológica que se tem feito acerca dessa norma da Lei de Execuções Penais, em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça²⁶² e do Supremo Tribunal Federal²⁶³, no sentido de que, *dependendo das peculiaridades do caso concreto*, poderia ser exigida a realização de laudo pericial, estando daí vedada a progressão de regime sem que o apenado se submeta a tal exame. Ora, em se tratando de uma regra penal que apresenta os requisitos necessários para a progressão de regime, é aceitável a realização de interpretações restritivas do direito a referida progressão com base em outro princípio constitucional? Defende-se que não, pois, em assim sendo, o aplicador da norma estaria autorizado a buscar sempre a “melhor solução”, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, “desconsiderando a ‘solução da lei’ em favor da construção da ‘lei do caso concreto’”²⁶⁴. O problema da “justiça de caso concreto” (o qual se agrava em um ramo de Direito limitador de liberdade e propriedade como o Direito Penal), como bem referiu Humberto Ávila, é que

se a regra não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas. E como os aplicadores têm concepções diferentes a respeito de como devem ser resolvidos conflitos morais, bem como são dotados de variável capacitação técnica e inconstante rigidez moral, não só cresce a chance de incerteza, quanto aumento o grau de arbitrariedade.²⁶⁵

²⁶² Como no *Habeas Corpus*. n. 2008/0005008-2.

²⁶³ Como nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento n. 550735/MG.

²⁶⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, op. cit., p. 198.

²⁶⁵ Idem, p. 199.

Já no que tange à questão da inclusão de crimes contra idosos dentro do procedimento dos “crimes de menor potencial ofensivo”, afirmam doutrinadores como Lenio Streck e Maria Luiza Streck que tal determinação enseja uma violação à proibição de proteção deficiente do direito à dignidade e ao bem-estar do idoso, uma vez que a Constituição determinaria, em seu art. 230, que “*a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*” (grifei). Portanto, o legislador ordinário teria exercido equivocadamente a sua competência de criminalização, quando no art. 94 do Estatuto do Idoso injustificadamente equiparou os crimes contra idosos àqueles de menor potencial ofensivo, o que lhe estaria vedado, considerando o mandado constitucional a ele dirigido, no sentido de “tutela” do idoso, o que ensejaria, no caso concreto, a proibição de “rebaixar” esses crimes a tal categoria, sob pena de, do contrário, proteger deficientemente os direitos reconhecidos constitucionalmente aos idosos.

Ademais, ainda que por fundamento oposto, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direita da Inconstitucionalidade (ADI n. 3096, ajuizada pelo Procurador Geral da República), a qual afirma que tal legislação ordinária promoveu uma discriminação “desproporcional” em relação ao idoso. Isso porque, no momento em que o art. 94 do Estatuto do Idoso permite que os crimes perpetrados contra idoso, cuja pena máxima não seja superior a 4 anos, sejam processados na Justiça Especializada dos Juizados Especiais Criminais, estaria ela a garantir ao autor do crime um benefício em função, unicamente, da idade da vítima. Desse modo, permitiria que um agente respondesse perante o sistema judiciário comum e o outro perante a justiça especializada, com todos os benefícios da Lei nº 9.900/95, ainda que tenham praticado crimes da mesma gravidade (pena máxima não superior a 4 anos), em razão de uma única diferença: a idade da vítima.

Até o presente momento, o mérito da ação não foi julgado, tendo a relatora, Ministra Cármen Lúcia, já votado em favor da parcial procedência dos pedidos, considerando que o artigo 94 da Lei 10.741/03 deveria ser interpretado de acordo com a Constituição Federal, no sentido de que sejam aplicados aos crimes previstos no estatuto do idoso apenas os “procedimentos” previstos na Lei n. 9099/95, para dar celeridade aos processos, e não os benefícios, como possibilidade de conciliação, transação penal ou a conversão da pena. Com isso, frisou a ministra, os idosos teriam a possibilidade de ver os autores dos crimes processados de forma ágil, sem, contudo, os beneficiar pela Lei 9.099/95. Contudo, muitos ministros divergiram acerca do *telos* da precitada norma. A ministra Ellen Gracie, por exemplo, se manifestou no sentido de que o legislador teria embasado a redação deste

dispositivo em estatísticas que demonstram que geralmente os crimes contra idosos são praticados no seio familiar, criando-se um importante mecanismo legal de solução pacificadora. Já Celso de Mello afirmou que, em princípio, o artigo 94 permite que o idoso que sofre algum crime veja a solução de seu caso de forma ágil.

O que se vislumbra a partir de tais posicionamentos (doutrinários e jurisprudenciais) é que a atribuição de sentido a uma norma não é uma atividade singela. É preciso construí-lo, já que, no caso em tela, não basta a atividade meramente subsuntiva do aplicador. Portanto, a afirmação de doutrinadores como Lenio Streck e Maria Luiza Streck, no sentido de que tal norma violaria a proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais, pode ser contestada e não é a única interpretação possível – nem a única consistente. Importa, em realidade, ser capaz de construir a interpretação que mais seja coerente com toda a Constituição. Como se verifica, enquanto alguns vislumbraram em tal classificação dos crimes contra idosos uma afronta à sua dignidade, outros entenderam como uma promoção do seu direito de ver o autor do crime julgado de maneira mais célere.

Considerando o exposto, defende-se que a utilização da teoria da “proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais”, considerando a sua abstração e amplitude argumentativa, por vezes serve para realizar interpretações consequencialistas e funcionalistas, no sentido de, primeiramente prever os efeitos que se deseja atribuir às regras e aos princípios para, posteriormente, apresentar todos – e somente - os argumentos que promovam essa interpretação desejada, independentemente do questionamento acerca da sua correção. Daí a interpretação “consequencialista”. Também é possível verificar a realização de interpretações funcionalistas, no sentido de interpretar direitos fundamentais, regras e princípios constitucionais sempre *em função* de objetivos político-criminais, não se questionando qual a interpretação mais consistente juridicamente para tais normas.

De todo modo, é bem verdade que o exposto não atingirá – ao menos não diretamente – a questão da existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização, porque, nesse caso, não há ainda uma definição, enquanto regra, pela Constituição, do objeto material de criminalização. Contudo, a sua importância se confirma pela necessária ressalva das limitações de juízos finalísticos/teleológicos/principiológicos em ramos do Direito como o Direito Penal. Do contrário, toda e qualquer regra penal ou constitucional que fosse minimamente impeditiva (ou que ocasionasse maior dificuldade) da promoção de fins do Estado seria superada em todos os casos concretos, principalmente quanto mais importantes fossem os fins estatais cuja concretização se busca, realizando-se interpretações consequencialistas. E consequencialistas porque, em primeiro lugar, se escolheriam os efeitos

que se deseja conferir à norma, apresentando, apenas *a posteriori* e com vista a tais efeitos, os argumentos jurídicos favoráveis a ele, sonegando-se os possivelmente contrários.

Em realidade, é importante ressaltar que a própria teoria objeto do presente estudo é potencialmente, também, uma teoria consequencialista. Nesse ponto, inegavelmente, reside uma das suas principais inconsistências. Em primeiro lugar, quanto à caracterização da teoria enquanto *consequencialista*, é preciso analisar as teorias a partir de uma subdivisão: (a) fundamentos (por quê?) e (b) funções/fins/objetivos (para quê?). A teoria será consequencialista sempre que a função/fins estiver nos fundamentos, como na teoria estudada (ou seja, quando o “porquê” for igual ao “para quê”). Se para a doutrina estudada um dos seus três fundamentos é a proteção de direitos fundamentais (por quê?) e se a finalidade da criminalização também é a proteção de direitos fundamentais (para quê?), então: a criminalização se justifica porque o Estado deve proteger direitos fundamentais e a criminalização tem por objetivos/fins proteger direitos fundamentais (o “porquê” tornou-se igual ao “para que”).

O grande problema de teorias consequencialistas acerca do Poder Estatal decorre do fato de que a promoção da sua própria função ou dos seus próprios fins é o fundamento em si do Estado. Desse modo, qualquer ação Estatal estaria justificada desde que promovesse os seus objetivos ou fosse realizada em função dos seus fins, independentemente de considerações de outras ordens. Portanto, jamais haveria limites para o poder do Estado, já que a sua legitimidade seria um conceito circular: os *fundamentos* do Estado são a promoção dos seus fins e os *objetivos* do Estado são a promoção dos seus fins. Logo, qualquer ação que promovesse os fins estatais estaria fundamentada, porque, repete-se mais uma vez, os seus fundamentos seriam os próprios fins desse Estado.

2.2.3 Problemas empíricos da teoria estudada: tutela de direitos fundamentais, criminalização e liberdade de configuração do legislador ordinário

No que tange aos problemas empíricos da doutrina analisada, é preciso novamente ressaltar que não há regra constitutiva ou de competência acerca do objeto material da criminalização. Nesse caso, eventual criminalização de conduta – ou não - tornar-se-á legítima e constitucionalmente válida a partir da ponderação dos princípios constitucional pelo legislador competente. Isso porque, exatamente por não dispor materialmente sobre o ponto, houve uma delegação tácita - do legislador constituinte ao ordinário - da competência de concretização e compatibilidade de direitos fundamentais e princípios que envolvem o ato

de criminalizar determinada conduta. Isso não significa, contudo, que qualquer ponderação realizada pelo legislador ordinário na escolha de meios para atingir os fins constitucionais será irretocável. Existem diversos instrumentos de controle da constitucionalidade das leis oriundas do Poder Legislativo, sendo que hoje, sem dúvida, um dos principais é o *exame da proporcionalidade da lei*.

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 concreta destinada a realizar uma finalidade”²⁶⁶. 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”²⁶⁷, 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)”²⁶⁸.

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

²⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 113.

²⁶⁷ Idem, p. 116.

²⁶⁸ Idem, p. 117.

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, verificar-se a ineficácia 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 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”.²⁶⁹

Ocorre, em realidade, uma notória confusão. Conforme defendeu Zaffaroni, “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”²⁷⁰. 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

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, subí de una idea abstracta de la vida.²⁷¹

²⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 128.

²⁷⁰ Idem, ibidem.

²⁷¹ Idem, ibidem.

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 estudo. 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 concreta²⁷². 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)²⁷³. 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 “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”²⁷⁴. Refere o jurista, ainda, que a verificação da necessidade demanda dois outros exames: o de “igualdade da

²⁷² 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).

²⁷³ 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.

²⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 122.

adequação dos meios” e o do “meio menos restritivo”²⁷⁵. 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 eles são 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,

²⁷⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 122.

probabilístico)”²⁷⁶, considerando-se ainda que “um meio não é, de todos os pontos de vista, igual ao outro”²⁷⁷. Contudo, a busca da proporcionalidade e da comensurabilidade das escolhas é antiga, principalmente com a métrica de Platão²⁷⁸. 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.²⁷⁹

No entanto, parece necessário reconhecer a existências de meios e fins plurais incomensuráveis, que podem conduzir, naturalmente, a conflitos contingentes irreconciliáveis entre si.²⁸⁰ 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. 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.²⁸¹

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 Legislativo²⁸². Portanto, na prática, pouquíssimas vezes seria possível defender a existência de *mandados* constitucionais implícitos de criminalização.

²⁷⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 122.

²⁷⁷ Idem, *ibidem*.

²⁷⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de Direito Constitucional – Direitos fundamentais*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 89.

²⁷⁹ NUSSBAUM, Martha Craven. El discernimiento de la percepción: una concepción aristotélica de la racionalidade público y privada. _____. *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía e literatura*. Madrid: Mínimo Tránsito, 2005, p. 116.

²⁸⁰ Idem, p. 129.

²⁸¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 122.

CONCLUSÃO

Este estudo intentou analisar a consistência da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização para justificar a existência de obrigações irredutíveis de criminalização de condutas pelo legislador ordinário, contribuindo, assim, para a reconstrução da relação entre Direito Penal, Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Ao final, obtiveram-se os seguintes resultados específicos:

1. A doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, tal como defendida pela doutrina brasileira, é estruturada em três fundamentos: (1.1) em um conceito próprio do Princípio da Proporcionalidade e de Direitos Fundamentais; (1.2) em uma teoria constitucional do Bem Jurídico-penal e (1.3) em uma teoria de deveres de proteção dos Direitos Fundamentais pelo Estado, vedada a insuficiência dessa proteção (proibição de proteção deficiente).

2. Acerca do primeiro fundamento, parcela da doutrina analisada - especialmente Luciano Feldens e Douglas Fischer, por acolher a teoria de Robert Alexy - considera que direitos fundamentais são princípios, ou seja, são mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Outra corrente da doutrina analisada, especialmente a defendida por Lenio Streck e Maria Luíza Streck, considera, a partir da Hermenêutica Filosófica, que os princípios têm por função introduzir o mundo prático no direito, diminuindo - ao invés de aumentar - o espaço de discricionariedade do intérprete, não acolhendo, assim, a idéia de que princípios são mandados de otimização, por crer que isso ensejaria potencial arbitrariedade.

3. Acerca do segundo fundamento, a teoria constitucional do Bem Jurídico-penal pode ser dividida em: (a) teoria constitucional ampla do bem jurídico-penal, a qual se caracteriza

²⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 126.

pela idéia de que a constituição não seria um fundamento obrigatório de dedução do objeto da criminalização, mas somente um marco referencial e (b) teoria constitucional estrita do bem jurídico-penal, a qual somente aceita, na condição de bens penais, aqueles que estejam expressamente inscritos na Constituição, sendo que ao legislador não seria permitida qualquer contrariedade à ordem de valores constitucional.

4. Acerca do terceiro fundamento, defende a doutrina analisa que os deveres de proteção de Direitos fundamentais pelo Estado determinam que este intervenha na colisão de Direitos Fundamentais de particulares, reorganizando as esferas colidentes, de modo que nenhuma delas reste excessivamente restringida ou deficientemente protegida. Nesse sentido, o Princípio da Proporcionalidade atua como um instrumento de verificação da constitucionalidade das leis, subdividindo-se em Proibição do Excesso (que verifica a constitucionalidade de atos restritivos de direitos fundamentais) e Proibição de Proteção Deficiente (que verifica a constitucionalidade dos atos estatais de proteção de direitos fundamentais).

5. Segundo os doutrinadores brasileiros, a existência de Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização restaria justificada a partir da seguinte dinâmica: a proporcionalidade trata da relação concreta de um meio com um fim (estado de coisas desejado), verificando se aquele se presta à promoção deste. 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. Portanto, 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, ou seja, a um patamar “minimamente necessário”.

6. A teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização é inconsistente do ponto de vista filosófico por fundamentar-se em uma ética consequencialista. Em primeiro lugar, quanto à caracterização da teoria enquanto *consequencialista*, é preciso analisar as teorias a partir de uma subdivisão: (a) fundamentos (por quê?) e (b) funções/fins/objetivos (para quê?). Uma teoria será consequencialista sempre que a sua função ou os seus fins estiverem nos fundamentos, como na teoria estudada (ou seja, quando o “porquê” for igual ao “para quê”). Se, para a doutrina estudada, um dos seus três fundamentos é a proteção de direitos fundamentais (por quê?) e se a finalidade da criminalização também é a proteção de direitos fundamentais (para quê?), então: a criminalização se justifica porque o Estado deve

proteger direitos fundamentais e a criminalização tem por objetivos/fins proteger direitos fundamentais (o “porquê” tornou-se igual ao “para que”).

7. A doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização é inconsistente do ponto de vista jurídico haja vista ser incapaz de limitar o Poder Estatal. Isso porque a promoção da sua própria função ou dos seus próprios fins é o fundamento em si do Estado. Desse modo, qualquer ação Estatal estaria justificada desde que promovesse os seus objetivos ou fosse realizada em função dos seus fins, independentemente de considerações de outras ordens. Portanto, jamais haveria limites para o poder do Estado, já que a sua legitimidade seria um conceito circular: os *fundamentos* do Estado são a promoção dos seus fins e os *objetivos* do Estado são a promoção dos seus fins.

8. A doutrina dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização apresenta dificuldades empíricas quando da sua aplicação a um caso concreto, tanto na verificação da efetividade da medida - criminalização de condutas - na persecução do fim, qual seja, a proteção de direitos fundamentais (exame de adequação da medida), quanto na constatação da incomensurabilidade entre meios que promovem fins de maneiras diferentes qualitativa, quantitativa e probabilística (exame de necessidade da medida).

9. A intensidade do controle dos outros poderes pelo Poder Judiciário, quanto à escolha dos meios, não pode ser um controle forte em qualquer caso. Ainda que seja possível comparar com facilidade meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, diversamente ocorre quando um dos meios promove o bem de forma mais rápida, ou em maior quantidade, enquanto o outro, de forma mais provável, mas em menor quantidade.

Por fim, a conclusão geral deste estudo é no sentido da inconsistência da teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização, tal como preconizada pela doutrina brasileira, para justificar a existência de obrigações de criminalização oriundas da Constituição e oponíveis ao legislador ordinário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. BverfG. Lebach 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. Tradução de: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

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

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Col. Registradores PR, 2004.

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

_____. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Regra-matriz *versus* princípio. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito Tributário. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira de (Coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle social. In: Gauer, Ruth Maria Chittó (Org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad*. Tradução de: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos de tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 7).

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*. 2ª tiragem. Tradução por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

_____. Justiça Constitucional e Justiça Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 329-45, jan-fev. 2006.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4ª ed. Portuguesa. 1. ed. Brasileira. 1 v. São Paulo: RT e Coimbra (Co-edição), 2007, 1.v.

CARVALHO, Salo de. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito administrativo Elementos para uma distinção qualitativa. In: _____. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

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

_____. 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.

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

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

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

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 5).

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6).

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

_____. Los principios en el derecho positivo. In: _____. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa: Barcelona, 1999.

_____. Acerca de las normas sobre la producción jurídica. In: _____. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa: Barcelona, 1999.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, n. 160, p. 49-64, out.-dez. 2003.

LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *Revista CEJ*, v. 2, n° 4, jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/138/226>> Acesso em: 14 abr. 2009.

MOREIRA, Vital Martins; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4.ª ed. Portuguesa. 1.ª ed. Brasileira. 1 v. São Paulo: RT e Coimbra (Coedição), 2007, 1.v.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Flawed foundations: the philosophical critique of (a particular type of) Economics*, in University of Chicago Law Review, n° 67, 1997.

_____. 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.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFe editor, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios e normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1992.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

_____. 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.

_____. 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.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traduzido por Beatriz Henning et al. Leonardo Martins (Org.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005. Tradução de: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

SEARLE, John Rogers. *Speech acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge, 1969.

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

_____. *A Expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de: Luiz Gustavo de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

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.

_____. *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.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Constituição e bem jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do código penal.* Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigolenio.doc > Acesso em 16 ago. 2009.

_____. Representação apresentada juntamente ao Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade da Lei Federal 10.792/03, no que alterou o art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/representacaopgr.doc >. Acesso em 22 de agosto de 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VILLEY, Michel. *Formação do pensamento jurídico moderno.* Traduzido por: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de: *La formation de la pensée juridique moderne.*

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

INFORMAÇÃO VERBAL

COSTA, José de Faria. *Os fundamentos da proibição e sanção criminais no Terceiro Milênio.* Porto Alegre, Faculdade de Administração da Pontifícia Universidade Católica do RS, 08 jun. 2009. Congresso Internacional em Direito Penal – Humboldt-Kolleg im Strafrecht. VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais: Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio. Palestra proferida no evento.

ROTSCH, Thomas. *Tempos modernos: Ortodoxia e heterodoxia em direito penal.* Porto Alegre, Faculdade de Administração da Pontifícia Universidade Católica do RS, 09 jun. 2009. Congresso Internacional em Direito Penal – Humboldt-Kolleg im Strafrecht. VIII Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais: Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio. Palestra proferida no evento.

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.