



OS MANDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO EXPRESSOS E IMPLÍCITOS: PASSADO E PRESENTE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

THE EXPRESS AND IMPLIED COMMANDMENTS OF CRIMINALIZATION IN THE PAST AND PRESENT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER



Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro*

>> Resumo

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu um complexo arcabouço de direitos e garantias fundamentais, destacando-se os mandamentos de criminalização, expressos e implícitos, que obrigam o legislador a tipificar determinadas condutas como crimes para proteger bens jurídicos relevantes. Este estudo tem como objetivo principal examinar esses mandamentos na ordem constitucional brasileira, distinguindo os explicitamente mencionados dos implícitos. A problemática central investiga a natureza e extensão dos mandamentos de criminalização e seu impacto na legislação penal vigente, notadamente em que medida influenciam a política criminal brasileira na proteção dos direitos fundamentais. Os objetivos incluem identificar e discutir os mandamentos expressos na Constituição de 1988, explorar a existência dos mandamentos implícitos, investigar a evolução histórica dos mandamentos nas constituições brasileiras anteriores e em ordenamentos estrangeiros, e avaliar a relevância e aplicação prática desses mandamentos na legislação penal contemporânea. Utilizando o método dedutivo e pesquisa bibliográfica, o estudo analisará normas constitucionais, doutrina, jurisprudência e documentos legislativos. A estrutura do artigo aborda considerações iniciais, histórico comparado, análise dos mandamentos expressos e discussão sobre os implícitos,

* Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Pró-Reitor Acadêmico e Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM).

contribuindo para uma melhor compreensão dos mandamentos de criminalização e propondo reflexões sobre possíveis aprimoramentos na legislação penal e interpretação constitucional.

>> Palavras-chaves

Mandamentos de criminalização; Constituição de 1988; Direitos fundamentais; Legislação penal; Política criminal.

>> Abstract

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil established a complex framework of fundamental rights and guarantees, highlighting the express and implicit criminalization commandments, which oblige the legislator to classify certain conducts as crimes to protect relevant legal assets. This study's main objective is to examine these commandments in the Brazilian constitutional order, distinguishing those explicitly mentioned from those implicit. The central issue investigates the nature and extent of criminalization commandments and their impact on current criminal legislation. It is questioned to what extent the ordinary legislator is linked to constitutional commandments and how these influenced Brazilian criminal policy in the protection of fundamental rights. The objectives include identifying and discussing the commandments expressed in the 1988 Constitution, exploring the existence of implicit commandments, investigating the historical evolution of commandments in previous Brazilian constitutions and foreign systems, and evaluating the relevance and practical application of these commandments in contemporary criminal legislation. Using the deductive method and bibliographical research, the study will analyze constitutional norms, doctrine, jurisprudence and legislative documents. The structure of the article addresses initial considerations, comparative history, analysis of expressed commandments and discussion of implicit ones, contributing to a better understanding of criminalization commandments and proposing reflections on possible improvements in criminal legislation and constitutional interpretation.

>> Keywords

Criminalization commandments; Constitution of 1988; Fundamental rights; Criminal legislation; Criminal policy.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa um marco na história jurídica brasileira, instituindo um complexo arcabouço de direitos e garantias fundamentais que visam proteger os cidadãos e assegurar a justiça social. Dentre as várias inovações trazidas pelo texto constitucional, destaca-se a figura dos mandamentos de criminalização, expressos e implícitos, que impõem ao legislador ordinário a obrigação de tipificar determinadas condutas como crimes, com o intuito de salvaguardar bens jurídicos de elevada relevância. Este estudo tem por objetivo principal examinar os mandamentos de criminalização presentes na ordem constitucional brasileira, distinguindo entre aqueles que são explicitamente mencionados e os que, embora não expressos, podem ser deduzidos a partir do texto constitucional.

A problemática central que se propõe investigar reside na compreensão da natureza e extensão dos mandamentos de criminalização, tanto expressos quanto implícitos, e na análise de seu impacto na legislação penal vigente. A questão que se coloca é: até que ponto o legislador ordinário está vinculado aos mandamentos de criminalização previstos na Constituição? E mais, como esses mandamentos, ao longo do tempo, influenciaram a política criminal brasileira, especialmente no que tange à proteção de direitos fundamentais? Esta investigação é crucial para entender a relação entre o poder constituinte originário e o poder legislativo, bem como para avaliar a adequação das respostas penais às demandas de uma sociedade em constante transformação.

Os objetivos deste trabalho são múltiplos e interligados. Primeiramente, busca-se identificar e discutir os mandamentos de criminalização expressos no texto constitucional de 1988, oferecendo uma análise detalhada de cada um deles e da sua fundamentação jurídica. Em segundo lugar, pretende-se explorar a existência e a fundamentação dos mandamentos implícitos de criminalização, aqueles que, embora não expressamente previstos, podem ser inferidos do conjunto de normas e princípios constitucionais. Para tanto, será necessário investigar a evolução histórica dos mandamentos de criminalização nas constituições brasileiras anteriores e em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a fim de contextualizar e compreender melhor o desenvolvimento e a aplicação desses instrumentos normativos. Outro objetivo fundamental é avaliar a relevância e a aplicação prática desses mandamentos na legislação penal brasileira contemporânea, verificando como os tribunais têm interpretado e aplicado tais normas em casos concretos.

A relevância deste estudo se justifica pela importância dos mandamentos de criminalização no fortalecimento da proteção de direitos fundamentais. Esses mandamentos representam um mecanismo através do qual a Constituição assegura que certos comportamentos considerados altamente reprováveis sejam tipificados como crimes, garantindo, assim, uma proteção mais robusta a direitos fundamentais. Além disso, a análise dos mandamentos implícitos de criminalização contribui para o entendimento das obrigações do Estado na prevenção e repressão de condutas que aten-

tem contra os valores mais elevados da sociedade. Ao investigar esses aspectos, este trabalho busca oferecer uma contribuição significativa para o campo do direito constitucional e penal, destacando as implicações jurídicas e sociais desses mandamentos.

Para alcançar os objetivos propostos, este estudo adotará uma metodologia baseada no método dedutivo e na pesquisa bibliográfica. A partir da análise das normas constitucionais e dos princípios gerais do direito, buscar-se-á examinar casos específicos de mandamentos de criminalização.

A estrutura deste artigo será organizada em torno de quatro seções principais. A primeira seção apresentará considerações iniciais sobre os mandamentos de criminalização, definindo e contextualizando esses conceitos no âmbito do direito constitucional. A segunda seção tratará do histórico dos mandamentos de criminalização nas constituições brasileiras e no direito comparado, destacando as principais evoluções e influências. A terceira seção se concentrará nos mandamentos expressos de criminalização na Constituição de 1988, oferecendo uma análise detalhada de cada um deles. A quarta seção discutirá os mandamentos implícitos de criminalização, explorando a teoria subjacente a esses mandamentos e os fundamentos para sua existência.

Com este trabalho, espera-se contribuir para uma melhor compreensão dos mandamentos de criminalização na ordem constitucional brasileira, ressaltando sua importância na proteção de direitos fundamentais e promovendo reflexões sobre possíveis aprimoramentos na legislação penal e na interpretação constitucional. A investigação aqui proposta não só ilumina aspectos teóricos e históricos desses mandamentos, mas também oferece uma análise crítica de sua aplicação prática, buscando identificar desafios e oportunidades para fortalecer a proteção dos direitos fundamentais no Brasil.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Os mandamentos de criminalização, também chamados de mandados de penalização, podem ser definidos como ordens, determinadas pelo legislador constituinte, dirigidas, verticalmente, ao legislador ordinário, determinando que este defina certos comportamentos humanos considerados significativamente reprováveis como crimes, com a respectiva cominação de penas mais rigorosas em seus preceitos secundários.

As ordens de criminalização, portanto, são fruto do livre exercício do poder constituinte originário, o qual, sendo inicial, autônomo e incondicionado, soberanamente elege algumas condutas humanas, revestidas de elevada censurabilidade, para que sejam tipificadas como crime e punidas de forma especialmente rigorosa, respeitado o princípio da reserva legal, com o propósito de potencializar a proteção de determinados direitos fundamentais de considerados de maior proeminência.

Longe de se tratar de uma recomendação ou de uma sugestão de penalização de determinados comportamentos, os mandados de penalização, na verdade, encerram a qualidade de *ordem* potestativa e vinculante, emi-

tida pelo poder constituinte, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, endereçada ao legislador ordinário, para que aquela conduta censurável seja tipificada como infração penal, cujo atendimento é obrigatório e cuja inobservância caracterizaria uma situação de inconstitucionalidade, por omissão.

Em outras palavras,

[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (Ponte, 2008, p. 152).

Nesse diapasão, assim define Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 139):

Os mandados expressos de criminalização trazem decisões constitucionais sobre a maneira como deverão ser protegidos direitos fundamentais. A atuação do legislador no sentido de promover a proteção desses direitos recebe um elemento de vinculação. Ele pode até valer-se de outros instrumentos, mas a previsão de sanções penais perde o seu caráter de subsidiariedade e se torna obrigatória. Ordens diretas que são ao legislador para que atenda ao comando constitucional, a necessidade da edição da lei é questão de supremacia da Constituição. Razões de conveniência, oportunidade, política criminal ou outras não podem ser invocadas para justificar a omissão a dar cumprimento à Lei Magna.

Por isso, emitido um mandado de criminalização pela Constituição da República, a política criminal, encarregada de estabelecer as estratégias de controle social da criminalidade e influenciar a liberdade de conformação do legislador, sofre sensível restrição na atividade legiferante, nos casos em que há mandamentos expressos de criminalização vigentes no texto constitucional.

Pode parecer paradoxal que uma Constituição, naturalmente, um instrumento de *contenção* de poder para a concretização de direitos fundamentais de seus cidadãos ordene, precisamente no capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais e coletivos, que o poder punitivo do Estado seja aplicado de forma ainda mais potencializada em determinadas situações específicas.

Entretanto, a técnica dos mandados de criminalização tem por propósito determinar o tratamento penal mais severo de alguns comportamentos criminosos considerados mais repugnantes justamente para imprimir à sociedade um efeito dissuasório, ordenando ao legislador criminal ordinário um tratamento penal mais rígido, sob a perspectiva da prevenção geral positiva, com o propósito de salvaguardar os direitos fundamentais e humanos de seus cidadãos.

Nesse diapasão, Luiz Luisi (2003, p. 57) esclarece que, embora os princípios relativos ao direito penal sejam tendentes à limitação da interferência penal, com vistas à expansão do direito à liberdade, as Constituições

contemporâneas têm uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, sem, contudo, que essa atividade ampliadora da interferência penal exclua a necessária proteção dos direitos individuais¹.

De fato, como já prelecionava Palazzo (1989, p. 103), enquanto a tendência constitucional de *descriminalização* era expressão do Estado liberal de direito, as vertentes de criminalização, percebidas nas Constituições alemã e espanhola, traduzem uma visão bem diversa da Constituição no sistema penal: o surgimento de obrigações constitucionais de tutela penal no confronto com determinados bens jurídicos revelam um Estado empenhado e ativo na transformação social e na tutela de interesses coletivos, ressignificando o papel instrumental do direito penal.

Vale dizer, parafraseando Antonio Carlos da Ponte e Luiz Fernando Kazmierzak (2017, p. 134):

A Constituição não tem unicamente uma posição garantista no momento em que impõe limites ao legislador infraconstitucional na tutela de interesses sob o manto do Direito Penal, mas também uma natureza impositiva ao trazer em seu bojo um elevado número de cláusulas penais direcionadas a esse mesmo legislador para que determine a proteção de determinados bens ou valores mediante a atuação do Direito Penal.

Convém esclarecer que a técnica dos mandamentos de penalização não tem por propósito tipificar infrações penais e definir, pormenorizadamente, as suas penas, no bojo do próprio texto constitucional, o que dificultaria sobremaneira a atualização do tipo penal constitucional em questão, de acordo com o avanço dos tempos, mercê da rigidez procedural exigível para a alteração das normas constitucionais. Ao revés, as obrigações de penalização são determinações constitucionais dirigidas ao legislador ordinário para que este tome as providências legislativas necessárias para levar a efeito aquele comando determinado, respeitado o princípio da reserva legal.

Ilustrativamente, ao prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, enuncia um mandamento expresso de criminalização que impõe ao legislador ordinário que tipifique comportamentos criminosos que configurem racismo, com o estabelecimento de um regime punitivo diferenciado aos atos racistas, que contemple penas de reclusão, a impossibilidade de liberdade provisória com fiança e jamais permita a extinção da punibilidade de seus agentes pela prescrição.

¹ Nesse sentido, “Nas Constituições que são expressão do Rechtsstaats as normas concernentes ao direito penal se traduzem em postulados que, em defesa das garantias individuais, condicionam restritivamente a intervenção penal do Estado. Nas Constituições de nossos dias estas instâncias de resguardo dos direitos individuais em matéria penal persistem vigorosas. Mas nelas se encontram uma série de preceitos que implicam no alargamento da atuação do direito penal de molde a ampliar a área de bens objeto de sua proteção. Ou seja: de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado se inserem normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado.” (Luisi, 2003, p. 12).

Diante da vigência dessa ordem constitucional expressa e eloquente, não resta ao legislador ordinário outra possibilidade senão definir, por meio de lei estrita, brevemente, quais comportamentos humanos caracterizam o racismo e impor sanções penais sensivelmente severas, que reprovem, suficientemente, tais comportamentos desajustados, sob pena de, em caso de inadvertida omissão, incorrer em constitucionalidade, por desatendimento àquele mandamento de penalização.

É digno de nota que as determinações constitucionais de penalização, ao ordenarem a punição de determinados comportamentos considerados mais censuráveis, a rigor, têm por propósito estabelecer um regime diferenciado de proteção de direitos fundamentais considerados proeminentes, a ponto de o poder público eleger a sanção estatal mais drástica em seu arcabouço normativo, a saber, a pena privativa de liberdade, para reprovar condutas antisociais que os vulnerem, dissuadindo, assim, a coletividade de praticar tais atitudes, por intermédio da ameaça de imposição de uma sanção penal.

Não se trata, pois, de uma ordem aleatória de *punição*, estabelecida pela ordem constitucional, a quaisquer comportamentos desajustados, pouco importando qual a sua objetividade jurídica. Cuida-se, ao revés e a rigor, de um verdadeiro instrumento de robustecimento da proteção dos preceitos fundamentais reconhecidamente dotados de maior sublimidade, cujo propósito é prevenir, por meio da imposição de uma pena criminal, que tais valores jurídicos sejam afrontados na relação horizontal entre particulares.

A respeito do tema, ensina Gianpaolo Poggio Smanio (2002, n/p) que

“[...] a Constituição Federal, além de impor limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídico-penais, impõe ao legislador penal a obrigação de incriminar a ofensa de determinados bens jurídicos, ou determina a exclusão de benefícios ou até mesmo a espécie de pena a ser aplicada em certos crimes.”.

Portanto, os mandamentos de criminalização constituem “[...] uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.” (Moraes, 2014, p. 59).

Uma vez delineados os traços basilares dos denominados *mandamentos de criminalização*, é sugestivo, antes de identificar esse fenômeno na atual ordem constitucional brasileira, investigar se, no direito comparado e nos textos constitucionais pátrios do passado, tais institutos já se faziam presentes, ainda que de forma embrionária.

2. OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E SEU HISTÓRICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E NO DIREITO COMPARADO

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1.787, trouxe, ao menos, dois mandamentos expressos de criminalização, logo em seu ar-

tigo 1º, Seção 8, itens 6 e 10, que, respectivamente, determinam ser de competência do Congresso: i) tomar providências para a punição dos falsificadores de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos; e ii) definir e punir atos de pirataria e delitos cometidos em alto mar, e as infrações ao direito das gentes.

Ao assim agir, o legislador constitucional estadunidense, ao mesmo tempo em que reservou à legislação federal a disciplina sobre a definição de crimes e penas para falsificadores de títulos públicos e de moedas, tal como os atos de pirataria e as infrações aos direitos das gentes, impedindo que os Estados federados se imiscuissem nessa competência legislativa, outorgou ao Congresso Nacional uma determinação de criminalizar tais comportamentos, por serem reprováveis, com o propósito de tutelar, respectivamente, a fé pública, a segurança do transporte marítimo e fluvial e a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, pois, que, a técnica legislativa de emprego de mandados de penalização não é uma experiência recente e tampouco exclusivamente encontrada no corpo constitucional brasileiro, havendo fartos exemplos, no direito comparado, de sua utilização para que o poder constituinte censure determinados comportamentos considerados mais reprováveis.

Todavia, foi a partir do fim da Segunda Guerra Mundial que vários países passaram a lançar mão, com maior recorrência, da técnica de outorga de mandamentos de criminalização, no bojo de seus textos constitucionais, com a intenção de salvaguardar os valores mais proeminentes de suas ordens jurídicas (Gonçalves, 2007, p. 141), muito em razão dos atrozes atos deflagrados nas grandes guerras, dissuadindo-se, por meio da ameaça de imposição de uma sanção penal, a repetição de atos semelhantes.

Nesse diapasão, a Constituição italiana, de 1947, em seu artigo 13, prescreveu que “é punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade”.

Semelhantemente, a Lei Fundamental da República Federal Alemã, de 1949, em seu artigo 46, que versa sobre a garantia da paz, item 1, apregoa que “os atos suscetíveis de perturbar a coexistência pacífica entre os povos e praticados com essa intenção, em especial os que tenham por objetivo preparar uma guerra de agressão, são anticonstitucionais. Estes atos estão sujeitos às penas da lei”.

Note-se que Itália e Alemanha, sob a égide do regime nazifascista, como se sabe, formaram o *Eixo*, ao lado do Japão, e saíram derrotados pelos *Aliados* da segunda grande guerra, o que, seguramente, estimulou seus legisladores constituintes a se preocuparem, respectivamente, com a integridade física e moral das pessoas submetidas à restrição de liberdade, com o repúdio aos atos de guerra e com o direito à paz, o que serviu de pano de fundo para o estabelecimento de mandados de criminalização, em seus textos constitucionais.

Seguindo essa linha, em 1978, a Constituição da Espanha, de característica cesarista, outorgada pelo Rei Juan Carlos I e ratificada em referendo popular, em seu artigo 44, item 3, outorgou um mandado de penalização contra atentados ao meio ambiente, ao prenunciar que “para quem violar o disposto no número anterior (proteção do meio ambiente), nos termos

em que a lei fixe estabelecer-se-ão sanções penais ou, se for caso disso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado".

No artigo 46, o texto magno espanhol estabeleceu a necessidade de criminalização dos atentados contra o patrimônio histórico, cultural e artístico do povo nativo, ao prescrever que "os poderes públicos garantirão a conservação e promoverão o enriquecimento do património histórico, cultural e artístico dos povos de Espanha e dos bens que o integram, qualquer que seja o seu regime jurídico e a sua titularidade. A lei penal sancionará os atentados contra este património".

Já em seu artigo 55, item 2, ao tratar do abuso de autoridade nas investigações e ações penais, estabeleceu a lei maior espanhola que "a utilização injustificada ou abusiva das faculdades reconhecidas na dita lei orgânica produzirá responsabilidade penal, como violação dos direitos e liberdades reconhecidas pelas leis".

O exemplo constitucional espanhol permite concluir que o legislador constituinte daquele país, ao outorgar os mandamentos de criminalização acima, sobrelevou a defesa do meio ambiente, a tutela do patrimônio histórico, cultural e artístico de seu povo e a defesa dos direitos fundamentais das pessoas investigadas e processadas criminalmente como valores dignos de um regime de proteção diferenciado, a ponto de cominar penas privativas de liberdade àqueles que atentarem em face de tais bens jurídicos.

A experiência dos mandados de penalização, a propósito, não se restringiu à América do Norte e à Europa: espalhou-se, também, pelas Constituições latino-americanas.

Validamente, a Constituição da Nação Argentina (Unesco, 2018), publicada em 1853, empregou, a partir de sua reforma, em 1994, mandamentos de criminalização, a exemplo do contrato de compra e venda de escravos², da sedição³, traição da pátria⁴ e atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático⁵, aos quais, inclusive, proibiu o texto magno argentino o indulto, a comutação de penas e a extinção da punibilidade pela prescrição.

A Constituição Política da República do Chile (Unesco, 2021), publicada em 1980 também estabeleceu ordens de penalização em face de atos de terrorismo⁶, com a proibição de indulto aos condenados por esse delito, da

² "Artículo 15. - En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la Repùblica" (Unesco, 2018, n/p).

³ "Artículo 21. - El pueblo no deliberá ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición" (Unesco, 2018, n/p).

⁴ "Artículo 29. - El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria" (Unesco, 2018, n/p).

⁵ "Artículo 36. - Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpe su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la comutación de penas" (Unesco, 2018, n/p).

⁶ "Artículo 9º. El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad (...)" (Unesco, 2021, n/p).

constituição de associações criminosas ilícitas⁷, em detrimento das quais se permite o confisco de bens.

Constatada que a técnica dos mandamentos de criminalização não é uma exclusividade da ordem constitucional brasileira, ao contrário, trata-se de uma realidade perceptível em textos constitucionais de diversos países, o próximo passo é identificar, nas Constituições brasileiras anteriores, a existência de semelhantes comandos normativos.

A primeira experiência constitucional brasileira remonta à Constituição do Império, de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, marcada pela existência de um poder moderador sobre a tradicional tripartição de poderes⁸, já trazia um rol de direitos civis e políticos, em seu artigo 179⁹, com destaque para os princípios da legalidade¹⁰, da proibição da tortura e de penas cruéis¹¹ e da pessoalidade da pena¹². Note-se, com especial destaque, a preocupação do legislador constituinte imperial com o asseio das cadeias¹³ (Brasil, 1824).

Mesmo no primeiro texto constitucional brasileiro, já se identificavam manifestações embrionárias de mandamentos de criminalização.

Com efeito, o artigo 179, inciso X, previa a punição dos juízes que tivessem decretado prisões arbitrárias, assim como de quem as requereu¹⁴, enquanto o artigo 156 impunha a responsabilização dos juízes de direito e dos oficiais de justiça por eventuais abusos de poder e prevaricações¹⁵, assim como por suborno, peita, peculato e concussão, no artigo subsequente¹⁶.

Finalmente, o artigo 134 estipulou a necessidade de uma lei particular prever delitos de responsabilidade dos Ministros de Estado¹⁷.

Com a Proclamação da República, em 1889, foi editada a segunda Constituição pátria, em 1891, já reconhecendo a tripartição de poderes, sem a figura do poder moderador¹⁸, contando com um rol de direitos fundamentais mais extenso, nos parágrafos do artigo 72 (Brasil, 1991). Foram

⁷ “Artículo 7º, “g”. No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas” (Unesco, 2021, n/p).

⁸ “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” (Brasil, 1824, n/p).

⁹ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (...) (Brasil, 1824, n/p).

¹⁰ “I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei” (Brasil, 1824, n/p).

¹¹ “XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis” (Brasil, 1824, n/p).

¹² “XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer grão, que seja.”

¹³ XXI. As Cadães serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes” (Brasil, 1824, n/p).

¹⁴ “X. A’ excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legítima. Se esta fôr arbitrarria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar” (Brasil, 1824, n/p).

¹⁵ “Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se Afará effectiva por Lei regulamentar” (Brasil, 1824, n/p).

¹⁶ “Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles accão popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei” (Brasil, 1824, n/p).

¹⁷ “Art. 134. Uma Lei particular especificará a natureza destes delictos, e a maneira de proceder contra elles” (Brasil, 1824, n/p).

¹⁸ “Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (Brasil, 1891, n/p).

assegurados, naquele texto, a proibição da pena de trabalhos forçados e de banimento¹⁹, a vedação de penas de morte, exceto em caso de guerra, nas hipóteses admitidas pela legislação militar²⁰, além da previsão do habeas corpus²¹ e do direito à ampla defesa²² (Brasil, 1891). Houve, naquele diploma, uma manifestação germinal de mandamento de criminalização, em seu artigo 54, em que se dispôs sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, que deveriam ser definidos em lei especial²³ (Brasil, 1891).

A Constituição subsequente, de 1934, que teve vigência de apenas três anos, reproduziu a menção aos crimes de responsabilidade do Presidente da República²⁴ e dos Ministros de Estado²⁵ (Brasil, 1934).

Com a ruptura institucional decorrente da proclamação do Estado Novo, Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937, com características autoritárias, em que foram mantidas as previsões de crimes de responsabilidade do Presidente da República²⁶ e dos Ministros de Estado²⁷ (Brasil, 1937). Digno de destaque o extenso rol de dez hipóteses, previsto no artigo 122, §13, em que a pena de morte seria autorizada pela lei²⁸ (Brasil, 1937).

Os mandamentos de criminalização identificados na denominada Constituição Polaca diziam respeito aos crimes contra a economia popular²⁹ e à usura³⁰, o que demonstra a preocupação do legislador constituinte da época em salvaguardar tão somente bens jurídicos associados à ordem econômica, despedidos de maior sublimidade (Brasil, 1937).

¹⁹ “§ 20. Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial” (Brasil, 1891, n/p.)

²⁰ “§ 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra” (Brasil, 1891, n/p.)

²¹ “§ 22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção” (Brasil, 1891, n/p.)

²² “§ 16. Aos acusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas” (Brasil, 1891, n/p.).

²³ “Art. 23, § 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial” (Brasil, 1891, n/p.).

²⁴ “Art 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: (...)” (Brasil, 1891, n/p.).

²⁵ “Art 61 - São crimes de responsabilidade, além do previsto no art. 37, *in fine*, os atos definidos em lei, nos termos do art. 57, que os Ministros praticarem ou ordenarem; entendendo-se que, no tocante às leis orçamentárias, cada Ministro responderá pelas despesas do seu Ministério e o da Fazenda, além disso, pela arrecadação da receita” (Brasil, 1891, n/p.).

²⁶ “Art 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra: (...)” (Brasil, 1937, n/p.).

²⁷ “Art. 89, § 1º - Respondem, porém, quanto aos seus atos, pelos crimes qualificados em lei” (Brasil, 1937, n/p.).

²⁸ “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 13) Não haverá penas corporais perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes: a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) atentar, com auxilio ou subsidio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimir-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; d) tentar, com auxilio ou subsidio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles; h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror; i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República; j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade” (Brasil, 1937, n/p.).

²⁹ “Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”.

³⁰ “Art 142 - A usura será punida” (Brasil, 1937, n/p.).

Com a redemocratização, a única ordem de penalização expressa prevista na Constituição de 1946, também disse respeito à usura³¹ (Brasil, 1946).

O próximo documento constitucional, outorgado em um período de exceção, decorrente da ruptura institucional ocasionada pela revolução militar, de 1964, foi a Constituição de 1967, a qual estabeleceu um mandado de criminalização determinando a punição de atos que caracterizem preconceito racial³² (Brasil, 1967).

Ainda sob a égide de um período autocrático, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tratou de um rol de direitos e garantias individuais, em seu artigo 153, chamando a atenção o disposto no parágrafo 11, em que se previu a possibilidade de pena de morte, não apenas para os casos de guerra externa, como, também, para as situações de guerra psicológica adversa, revolucionária ou subversiva, nos termos em que a lei determinar³³ (Brasil, 1969).

Percebe-se, portanto, que, por toda a história constitucional brasileira, há representações, ainda que embrionárias, de mandamentos de penalização, o que evidencia não se tratar de fenômeno exclusivo da atual ordem constitucional vigente, tampouco de uma experiência unicamente brasileira.

Por isso, a partir de agora, faz-se necessário esquadrinhar conteúdo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, identificando os mandamentos de criminalização expressos ali enunciados, com a respectiva identificação dos direitos fundamentais correspondentes que foram alvo do regime diferenciado de proteção, por parte do legislador constituinte.

3. OS MANDAMENTOS EXPRESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 (Brasil, 1988), considerada analítica e prolixa, devido aos seus 250 artigos em vigor, foi generosa na definição de um extenso rol de direitos fundamentais, topograficamente alocados já no início de seu texto, o que evidencia a preocupação do legislador constituinte com a defesa da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, mercê da supressão de direitos vivenciada na experiência autocrática imediatamente anterior à sua publicação.

Seguindo, assim, a tradição dos textos constitucionais pátrios antecedentes e latino-americanos, o atual texto magno brasileiro também previu mandamentos expressos de criminalização em seu bojo, muitos deles situados em seu título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos), precisamente no artigo 5º, revestidos, portanto, da condição de cláusulas pétreas, à luz do

³¹ “Art 154 - A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei” (Brasil, 1946, n/p).

³² “Art. 150, § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei” (Brasil, 1967, n/p).

³³ “Art. 153, § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no término que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprêgo na Administração Pública, direta ou indireta” (Brasil, 1969, n/p).

que estabelece o seu artigo 60, §4º, inciso IV, o que reforça a convicção de que tais comandos, longe de serem consideradas ordens *punitivistas* aleatórias, têm, a rigor, por propósito a proteção eficiente e suficiente de direitos fundamentais reputados de maior esplendor e, portanto, dignos de um regime protetivo diferenciado.

Nesse sentido, o magistério de Salo de Carvalho (2015, p. 466):

Delineou-se o conceito de Constituição Penal para demarcar as opções no âmbito do direito penal e processual penal realizadas pelos constituintes de 1987, as quais se diferenciam nitidamente da tradição histórica do constitucionalismo brasileiro. A constante dos textos constitucionais em matéria de direito penal e processual penal, até o advento da Constituição de 1988, era restringir a intervenção, ou seja, o escopo era demarcar rígidos limites de incidência do poder punitivo através de normas e princípios negativos, seguindo a tradição liberal de tutela dos direitos e garantias individuais. No entanto a presença de normas com projeção incriminadora na Carta Constitucional de 1988 (Constituição Penal dirigente) redimensiona a estrutura do direito penal, estabelecendo verdadeiros paradoxos, notadamente o da coexistência de normas garantidoras (limitativas) e de normas incriminadoras (projetivas) em único estatuto.

A propósito, ao se debruçar sobre os mandados de criminalização da Constituição da República Federativa do Brasil, Luiz Luisi (2003, p. 58) foi por demais farta na função de propulsão da interferência criminal, com numerosas cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos³⁴.

Neste momento, não se pretende, ainda, avaliar se a legislação criminal brasileira atendeu – ou não – aos mandamentos de penalização expressamente consignados no atual texto magno pátrio, o que será feito oportu-

³⁴ Com maiores minudências, “A Constituição brasileira de 1988 manteve incólume os princípios penais do Estado liberal, e introduziu uma série de normas visando ampliar a presença do direito penal. Convém acentuar que as Constituições contemporâneas têm sido moderadas ao impor ao legislador ordinário esse alargamento da tutela penal. A Lei Fundamental da República alemã se limita a impor no seu art. 26, I, a apenação do atentado à convivência pacífica dos povos, e a preparação de uma guerra de agressão. A Constituição italiana ordena que seja punida isto é, criminalizada “qualquer violência física ou moral a quem quer que esteja submetido a uma restrição da liberdade”, em seu art. II, 4. A Constituição espanhola vigente contém três cláusulas de criminalização, a saber: uma relativa ao meio ambiente (art. 45/3), outra concernente à proteção do “patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha” (art. 46) e uma terceira relativa a abusos da prerrogativa atribuída a órgãos do Estado de suspensão de determinados direitos individuais (art. 55/2). A nossa vigente Lei Magna foi nesta função de “propulsão” por demais farta. Numerosas as cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos. Em seu art. 5º, a nossa Constituição dispõe no inc. XLII que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No inc. XLII do mesmo artigo está prescrito que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”. No inc. XLIV do mesmo artigo está previsto constituir crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. E o inc. XLIII dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores, e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Também relevante, como norma pleonasticamente criminalizadora, a contida no § 3º do art. 192 da Carta Magna (LGL\1988\3). No referido art. está disposto que a cobrança de juros superiores a 12% ao ano “será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”. Merece, ainda, especial referência, no concernente às indicações criminalizadoras contidas na nossa Constituição o previsto no § 3º do art. 225 que determina fiquem sujeitos os que praticarem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, “pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Por fim, ainda, se deve ressaltar a norma contida no art. 228 da Carta Magna (LGL\1988\3) de 1988, que versa sobre a maioridade penal.” (Luisi, 1996, n/p).

namente, no terceiro capítulo, por uma questão de organização metodológica.

Por isso, neste item, este trabalho se circunscreverá em identificar os mandamentos de criminalização manifestos na Constituição da República, de 1988, correlacionando-os aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e aos direitos fundamentais que legitimam as suas imposições, levando em consideração os ensinamentos de Luciano Feldens (2005, p. 80-82) e de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 158-160).

A propósito do tema, com grande poder de síntese, ensina René Ariel Dotti (2011, n/p):

A Carta Política de 1988 prevê o que a doutrina chama de “mandatos constitucionais de criminalização”, valendo como exemplos os seguintes casos: (a) discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais; (b) prática do racismo; (c) tortura; (d) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; (e) terrorismo; (f) os crimes definidos como hediondos; (g) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (h) a retenção dolosa do salário do trabalhador; (i) o abuso do poder econômico; (j) o abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente; (k) as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 5.º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7.º, X; art. 173, § 4.º; art. 227, § 4.º e art. 225, § 3.º, da CF).

Com efeito, o primeiro mandamento expresso de criminalização contido na ordem constitucional vigente está previsto no artigo 5º, inciso XLI, o qual prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O comando constitucional em questão estabelece a necessidade de punição, por meio de lei, de qualquer discriminação, isto é, um tratamento diferenciado injustificável, que atente contra os direitos e as liberdades fundamentais, o que demonstra a aflição do legislador constituinte com a salvaguarda do direito à igualdade, direito fundamental de segunda dimensão, previsto na cabeça do artigo 5º, o qual demonstra, com essa ordem, repudiar, com veemência, tais comportamentos.

Em que pese não haver a previsão expressa de que a *punição* referida pela determinação em questão deva ser de natureza criminal, infere-se que o atentado discriminatório a direitos e liberdades fundamentais, comportamento antissocial de elevada censurabilidade, a par de se sujeitar a um regime sancionatório nas searas cível e administrativa, é digno, também, de proteção penal, cabendo ao legislador ordinário a seleção das mais graves condutas discriminatórias e a consequente imposição de penas razoáveis para a sua reprovação.

Logo a seguir, o texto constitucional apregoa, em seu artigo 5º, inciso XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Diferentemente do inciso anterior, em que o legislador constituinte simplesmente estabeleceu a necessidade de *punição*, sem, contudo, minuden-

ciar a que título, neste dispositivo, especificou que os comportamentos a serem definidos como racismo, respeitado o princípio da reserva legal, sujeitar-se-iam à pena de *reclusão*, exigindo, assim, a necessidade de *criminalização* da conduta em tela, com a imposição da pena privativa liberdade de *reclusão* àqueles que incidirem neste delito.

Convém registrar que, quando a Constituição da República foi promulgada, o racismo era tipificado como mera contravenção penal, pela Lei 1.390, de 3 de julho de 1951, denominada Lei Afonso Arinos, punida com a sanção penal de prisão simples e multa, passando o legislador ordinário, a partir da vigência do texto magno, a ser devedor da obrigação de criminalizar o comportamento em questão como delito, sujeitando-o à sanção penal de reclusão.

Como se não bastasse, o poder constituinte originário, além de estabelecer a necessidade de impor penas de reclusão à conduta tipificada como racismo, ainda estipulou que o delito em questão seria *imprescritível*, isto é, jamais se sujeitaria à extinção da punibilidade pelo decurso excessivo do tempo na atividade estatal de apuração, processo e punição do agente, autorizando o exercício do poder punitivo, em face de seus agentes, a qualquer tempo, mesmo anos ou décadas depois de sua prática, sinalizando o singular repúdio do legislador constitucional por atos racistas e o seu zelo para evitar que comportamentos tão abjetos sejam brindados com a impunidade.

Finalmente, estabeleceu o indigitado dispositivo constitucional que os agentes que praticarem o delito de racismo não poderiam obter a liberdade provisória, mediante o pagamento de fiança, dificultando, em alguma medida, que os acusados por esses delitos respondam à ação penal correspondente em liberdade.

Seguramente, o mandado de penalização em questão é um dos mais eloquentes e que carreia maiores pormenores ao legislador ordinário que se faz presente na ordem constitucional em vigor, na exata medida em que não apenas estabelece a necessidade de tipificação do racismo como infração penal, como determina que a lei o classifique como *crime*, punido com *reclusão*, cuja *fiança* será proibida e dotado da raríssima característica da *imprescritibilidade*.

A ordem de criminalização do racismo, primeiramente, revela a proeminência atribuída pelo poder constituinte originário à dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do artigo 1º, como um dos cinco fundamentos sobre os quais está erigida a República Federativa do Brasil, cuja defesa e proteção, devem ser asseguradas, pelo Estado, em favor de seus cidadãos, em nível vertical, isto é, na relação do poder público com os particulares, assim como horizontal, ou seja, nas relações privadas.

Vale dizer, a penalização do racismo sobreleva a angústia do legislador constituinte com a tutela da dignidade, a ponto de reprovar atos indignos dessa natureza com a imposição de penas privativas de liberdade, que poderão ser apuradas, processadas e impostas enquanto o agente perpetrador estiver vivo.

Lado outro, a ordem constitucional de punição do racismo encontra fundamento de legitimidade em um dos quatro objetivos fundamentais da

República Federativa do Brasil, capitulado no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Neste diapasão, se um dos objetivos fundamentais de nossa República é que a sociedade brasileira esteja livre de preconceitos e discriminações raciais, para que isso se concretize, aprouve ao texto magno lançar mão da mais severa sanção penal existente no ordenamento jurídico pátrio, a saber, a pena privativa de liberdade de reclusão, como instrumento eficaz de dissuasão de tais comportamentos.

Por derradeiro, a ordem de penalização em questão está em consonância com um dos dez princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil, consoante prescreve o artigo 4º, inciso VIII, da Constituição da República, qual seja, o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Ora, não há sinalização mais eloquente à ordem internacional de abominação ao racismo que a determinação do poder constituinte originário de tipificar essa conduta como delito, com a consequente imposição de penas privativas de liberdade severas, que possam ser estabelecidas e executadas a qualquer tempo, assegurando o compromisso nacional de combater, de forma inclemente, tais comportamentos repulsivos.

O terceiro mandamento de criminalização do texto magno brasileiro está estampado no inciso XLIII, de seu artigo 5º, que estabelece que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Inicialmente, destaque-se que a determinação constitucional em tela ordena ao legislador ordinário que selecione determinados delitos considerados mais repugnantes e os defina como *hediondos*, impondo-lhes um regime sancionatório mais severo, que restrinja determinadas prerrogativas extensíveis às demais infrações penais, cujo ponto de partida é a coarcção da liberdade provisória com fiança, da anistia e da graça, mercê da elevada reprovabilidade de que tais infrações são revestidas.

Como parâmetro de balizamento ao legislador ordinário para a definição dos chamados crimes *hediondos*, o poder constituinte originário elencou, no dispositivo em apreço, três comportamentos criminosos deveras censuráveis: o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo, não apenas determinando que fossem tipificados como delitos, como, também, em face dos quais dispensou idêntico tratamento punitivo.

A propósito, a tipificação do terrorismo tem esteio em um princípio que rege o Brasil em suas relações internacionais: o repúdio ao *terrorismo* e ao racismo, o que evidencia a preocupação do legislador constituinte não apenas com a vida, a integridade física e psíquica e a propriedade, como bens jurídicos ofendidos com tais comportamentos, como, também, com a proteção da soberania nacional, o primeiro dos fundamento da República Federativa do Brasil, arrolado no inciso I, do artigo 1º, do texto constitucional, e do próprio Estado Democrático de Direito, severamente vulnerados com os atos de terror.

Semelhantemente, a penalização da tortura tem o seu fundamento de validade na necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, somado à premente necessidade dos direitos fundamentais à liberdade ambulatória e à integridade física e psíquica de seus cidadãos.

O terceiro delito equiparado aos hediondos, por sua vez, foi aquele em detrimento do qual o legislador constituinte por mais vezes revelou sua angústia, mercê de sua afrontosa perniciosa ao seio social, a ponto de exprimir, ao menos, por quatro vezes, ao longo de todo o texto constitucional, determinações de repúdio, de enfrentamento e de repressão: o *tráfico de drogas*.

Como não se olvida, a criminalização do tráfico de drogas tem por fulcro a tutela da saúde pública, direito social de segunda dimensão, mencionado no artigo 6º, da Carta Constitucional, que, em seu artigo 196, incumbe ao Estado o dever de promoção e de proteção da saúde, que deve garantir políticas sociais – dentre as quais aprouve ao legislador constituinte eleger a penalização do narcotráfico – que visem à redução do risco de doença, a exemplo dos transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas (Wells; Bay-Nielsen; Braun, 2011, n/p), que pode ser desencadeada em desfavor dos potenciais destinatários da prática criminosa em discussão.

Nada obstante a ordem de criminalização expressa já mencionada alhures, houve por bem determinar o legislador constitucional, no parágrafo único, de seu artigo 243, que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas será *confiscado* e reverterá a um fundo especial com destinação específica, demonstrando sua aflição não apenas com a sanção penal, como, especialmente, com as consequências extrapenais da condenação pelo delito em questão, convicto de que o enfrentamento eficaz ao narcotráfico com o simples irrogar de penas privativas de liberdade, sem o consequente perdimento dos bens e valores obtidos com essa prática criminosa, revela-se estéril e inócuo.

A inquietação do poder constituinte originário com o tráfico de drogas, aliás, foi de tal magnitude que destinou à polícia federal a prevenção e a repressão ao delito em questão, sem prejuízo da ação de outros órgãos públicos, nas respectivas áreas de competência, conforme o inciso II, do §1º, de seu artigo 144.

Por derradeiro, a regra de vedação à extradição de brasileiros encontrou expressa ressalva em relação aos nacionais naturalizados comprovadamente envolvidos com o tráfico de drogas, quer praticados antes ou depois do processo de aquisição da nacionalidade brasileira, à luz do que dispõe o texto magno, em seu artigo 5º, inciso LI, evidenciando o indissociável repúdio do legislador constitucional em detrimento do comportamento delituoso em apreço.

Se nenhum outro comportamento criminoso mereceu tantas expressas menções e tão eloquentes manifestações de abominação, por parte do poder constituinte originário, percebe-se que sua clarividente intenção dirigida ao legislador ordinário foi de que o enfrentamento ao tráfico de drogas deveria ser levado a efeito por intermédio de sanções penais firmes

e consequências extrapenais semelhantemente rigorosas, assegurando-se, assim, a proteção suficiente e eficaz do direito fundamental social à saúde pública.

O último mandamento de penalização situado no artigo 5º, do texto constitucional brasileiro, está no inciso XLIV, em que se dispõe constituir “crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”, também um instrumento de proteção da democracia, da ordem constitucional, do princípio republicano e da soberania nacional, evidenciando a preocupação do legislador constituinte com uma possível ruptura institucional e a sua ojeriza por um rompante autocrático, o que se justifica pelo momento histórico de sua promulgação, imediatamente após duas décadas de regime de exceção.

Curiosamente, aliás, o legislador constituinte concentrou todas as ordens de criminalização estabelecidas em seu artigo 5º em quatro incisos consecutivos, entre o quadragésimo primeiro e o quadragésimo quarto, como se fossem uma ilha de comandos de hipertrofia punitiva, cercada, nos demais incisos que a bordeja, por um oceano de direitos e garantias fundamentais que limitam o poder punitivo estatal e empoderam de maior liberdade os seus cidadãos.

É bem verdade, por outro lado, que nem todos os mandados de penalização estabelecidos pela ordem constitucional vigente estão topograficamente alocados no artigo 5º, havendo outros comandos semelhantes espalhados por outros títulos e capítulos do texto magno.

A propósito, no mesmo título II (Dos direitos e garantias fundamentais), porém, em seu capítulo II, denominado “Dos direitos sociais”, o legislador constituinte outorgou mais um mandado de criminalização em seu artigo 7º, inciso X, estabelecendo, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, “a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

Aqui, cuidou o legislador constitucional de determinar a criminalização de um censurável e opressivo comportamento de reter, voluntária e intencionalmente, o salário, fruto da dedicação do trabalho do empregado, fonte de sustento familiar da parte hipossuficiente na relação laboral, reforçando a tutela do trabalhador em face de seu empregador.

No título VIII do texto magno, dedicado à ordem social, o capítulo VI, relacionado ao meio ambiente, estipula mais uma ordem de penalização, em seu artigo 225, §3º, o qual apregoa que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Justifica-se a penalização de comportamentos atentatórios ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito metaindividual de terceira dimensão, por ser dever do poder público e da coletividade a sua defesa, o qual deve ser assegurado a todos os seres vivos da geração presente e das futuras, à luz do que dispõe a cabeça do artigo 225, da Constituição Federal.

A defesa do meio ambiente, princípio da ordem econômica estabelecido no artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, compromisso intergeracional inarredável do Estado Brasileiro para com a comunidade internacional, impôs ao legislador ordinário que a proteção de tão sobrepujante direito fundamental fosse levada a efeito não apenas pela via administrativa e cível, como, também, por intermédio da imposição de sanções penais àqueles que praticarem condutas e atividades lesivas em seu detrimento.

Digno de destaque o reconhecimento do poder constituinte originário de que as condutas atentatórias ao meio ambiente nem sempre são perpetradas pelas pessoas físicas, mas, com especial recorrência e gravidade, pelas pessoas jurídicas, a ponto de outorgar à lei ordinária a possibilidade de lhes infligir sanções de natureza penal, revolucionando paradigmas seculares do direito penal, cuja teoria do delito e da pena eram, até então, exclusivamente dedicadas ao estudo da conduta e da punição das pessoas naturais.

No capítulo seguinte da lei magna brasileira (VII), dedicado à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, ainda situado no título relacionado à ordem social, o derradeiro mandamento de criminalização expresso é identificado, no artigo 227, §4º, em que assim se estatui: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

A proteção da dignidade sexual da criança e do adolescente, pessoas altamente vulneráveis, exige que o poder público empenhe todos os seus esforços em assegurar o seu direito de crescer em um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade, livre de atentados à sua integridade física, psíquica e sexual, razão pela qual aprouve ao poder constituinte originário determinar que o abuso, a violência e a exploração sexual desse grupo não apenas fossem considerados crimes, respeitado o princípio da reserva legal, como, também, a punição aplicável à espécie seja *severa*.

Percebe-se, pois, que, ao longo da Constituição da República de 1988, por, ao menos, sete oportunidades, aprouve ao legislador constituinte originário determinar a criminalização de comportamentos considerados perniciosos e altamente ofensivos aos direitos fundamentais de seus cidadãos, carreando ao legislador ordinário a obrigação inafastável de que os tipificasse como infrações penais.

Dessa forma, consagrou o texto constitucional a proteção penal de valores sublimes como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a incolúmidade física e psíquica, a saúde pública, a democracia, a ordem constitucional, a proteção do salário, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a dignidade sexual de crianças e de adolescentes, com a ameaça da imposição de penas privativas de liberdade em face de todos quantos atentarem contra esses direitos.

Uma vez expostos, um a um, os mandamentos de criminalização expressamente consignados no texto constitucional vigente, convém, douravante, debruçar-se sobre a denominada teoria dos mandados implícitos de criminalização, avaliando os seus aspectos fundamentais, desde a discussão sobre a sua existência, até a sua invocação e consolidação, por parte de Tribunais Constitucionais.

4. OS MANDAMENTOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Ao se perscrutar cada um dos mandamentos constitucionais expressos de criminalização, indaga-se, por exemplo, a razão pela qual não houve por bem o legislador constituinte em determinar a criminalização explícita dos atentados contra a *vida humana*, bem jurídico que, seguramente, ocupa o cume da orografia dos mais sublimes direitos fundamentais: o seu silêncio, neste particular, significaria a desnecessidade de que o legislador ordinário tipificasse o atentado intencional contra a vida humana como crime, autorizada, assim, a sua proteção legal por meios exclusivamente extrapenais?

A resposta parece ser negativa, na exata medida em que, admitida essa hipótese, a resposta estatal para a eliminação da vida humana alheia poderia se circunscrever à imposição de uma pena de multa, o que permitiria que pessoas abastadas, por exemplo, pudessem exterminar a vida de quem quisessem, enquanto a força e a magnitude de suas posses assim permitissem, bem como blindaria pessoas desafortunadas de qualquer consequência deletéria, caso dessem cabo à vida alheia, o que, certamente, revelaria uma proteção estatal manifestamente deficiente ao direito fundamental à vida humana.

Ora, a inviolabilidade do direito à vida é estabelecida como direito fundamental na cabeça do artigo 5º, da Constituição da República, o que impõe ao poder público que a proteção da vida de cada um de seus cidadãos seja por ele assegurada, de forma suficiente e eficiente, de quaisquer atentados que provenham de seus próprios agentes ou de particulares, tutela essa que deve ser estabelecida por diversas formas, inclusive o direito penal.

É bem verdade que a Constituição Federal fez uma menção expressa aos crimes dolosos contra a vida, ao estabelecer, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, o tribunal do júri como o órgão competente para o seu julgamento, todavia, em momento nenhum determinou, de forma explícita, a criminalização de atentados intencionais ao direito fundamental em questão, como o fez nos mandamentos já mencionados alhures.

De fato, pode parecer um contrassenso que a atual ordem constitucional outorgue explícita proteção criminal, por exemplo, à incolumidade física e psíquica, à saúde pública, à proteção do salário, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, porém, não determine a tutela penal expressa em face de atentados contra a vida humana, bem jurídico de maior proeminência nas civilizações ocidentais em relação aos demais bens jurídicos cuja criminalização foi explicitamente determinada pelo legislador constituinte.

Por via de consequência, outro questionamento se sucede àquele primeiro: seria o silêncio do poder constituinte originário em relação à criminalização de atentados ao direito à fundamental à vida uma evidência de que a sacralidade do bem jurídico em questão, lógica e naturalmente, impeliria o legislador ordinário a protegê-lo, por meio do direito penal, crendo que não havia a necessidade de sua manifestação expressa para que isso fosse levado a efeito?

A resposta parece ser positiva, fazendo emergir a ideia de que existem não apenas mandamentos explícitos de criminalização provindos do legislador constitucional, mas, também, outros implícitos, que contemplam a proteção de direitos fundamentais tão – ou mais – sublimes quanto aqueles tutelados nas ordens expressas de penalização, igualmente merecedores de tutela penal, por meio do legislador ordinário, para a sua plena e integral salvaguarda.

A propósito, não parece haver dúvidas quanto à existência de um dever, ainda que implícito, de criminalização em relação ao homicídio para Robert Alexy (1997, p. 439), ante o dever de proteção do direito fundamental à vida humana:

No puede haber duda de que el Estado está obligado a proteger al individuo del asesinato y el homicidio. No puede, además, dudarse que el Estado está obligado y llevar a cabo esta protección a través, por ejemplo, de prohibiciones jurídico-penales y de la imposición de sanciones.

No mesmo diapasão, Muñoz Lorente (2001, p. 107) preleciona que o fato de o direito à vida – por excelência o mais fundamental – não haver sido objeto de um mandado explícito de penalização estaria a indicar que a necessidade de sua tutela penal seja tão evidente em fase de um claro consenso em relação à importância do bem jurídico que, por esse motivo mesmo, o constituinte não fez qualquer menção expressa a essa obrigação.

Por sua vez, sobre o dilema entre a possível superioridade axiológica dos bens jurídicos tutelados nos mandados expressos de criminalização sobre os protegidos pelas ordens implícitas, Luciano Feldens (2005, p. 94) esclarece que, na verdade, os primeiros não se revestem de primazia valorativa frente aos últimos, especialmente em relação ao direito à vida:

Quiçá, por desconfiar do juízo de conveniência inherente ao legislador penal, a Constituição impôs a criminalização de condutas atentatórias a determinados bens jurídicos, os quais não se pode afirmar – pelo menos em tom de generalidade – sejam os mais valiosos previstos na própria Constituição, sendo que não necessitava fazer o mesmo em relação à proteção da vida, por exemplo, certamente porque sua proteção se lhe afigurava, desde já, como uma evidência.

Assim, os mandamentos expressos de penalização, longe de revelarem a proteção dos bens jurídicos de maior transcendência na ordem jurídica, a rigor, foram positivados no texto constitucional justamente ante a desconfiança do poder constituinte originário de que o legislador ordinário tipificasse tais comportamentos perniciosos – embora, muitas vezes, de menor sublimidade –, como infrações penais, não deixando margem para a liberdade de conformação legislativa em relação àquelas condutas.

Percebe-se, portanto, a existência de outros direitos fundamentais, muitos com ainda maior magnitude, eleitos pela Constituição da República como igualmente dignos de proteção penal, ainda que a obrigação da penalização de comportamentos atentatórios em face deles não tenha sido

objeto de explícita imposição constitucional: trata-se dos mandamentos implícitos de criminalização.

Ao indagar sobre a existência das chamadas cláusulas *tácitas* de criminalização, a par das expressas, o italiano Francesco Palazzo (1989, p. 105) responde positivamente, sustentando que o que se acha no bojo da ordem constitucional impõe a proteção penalística daqueles valores, mesmo que não sejam objeto de cláusulas expressas de penalização.

Semelhantemente, Luiz Luisi (2003, p. 58), sustenta que “[...] as cláusulas de criminalização podem ser expressas e inequívocas, mas, outras, facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais.”.

Por sua vez, Jesus-Maria Silva Sanchez (2001, p. 118), no mesmo diapasão, ao defender a existência de mandamentos implícitos de criminalização e a necessidade de proteção penal do direito fundamental à vida, assim apregoou:

Aunque el tema es discutido, por mi parte me inclino por la existencia de ‘mandatos (constitucionales) relativos de incriminación’, una vez constatada la importancia del interés y la insuficiencia de los mecanismos extrapenales. Por poner un ejemplo claro, por ejemplo, sería inconstitucional castigar el homicidio con una pena de multa.

A gênese da teoria dos mandados implícitos de criminalização, segundo Feldens (2005, p. 96) remonta ao ano de 1.975, oportunidade em que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha julgou *inconstitucional* a Lei de Reforma do Código Penal, que passou a permitir a realização do aborto, com a interrupção da gestação nos três primeiros meses de gestação, considerando que a alteração legislativa em questão violava o dever de proteção ao direito à vida *introuterina*, valor fundamental determinantemente protegido pela Lei Fundamental.

A partir de então, outras decisões de cortes constitucionais, a exemplo da alemã, da espanhola e da italiana, consolidaram, no plano internacional, a compreensão sobre a existência dos mandamentos implícitos de criminalização, permitindo que leis penais pudessem ser julgadas inconstitucionais, quando protegessem determinados bens jurídicos de forma deficiente ou insuficiente.

Por isso, em que pese a existência de posicionamentos de respeitáveis autores refratários à admissão da teoria dos mandamentos implícitos de criminalização, há majoritária aceitação em relação à sua existência na ordem jurídica pátria e internacional, amplamente consagrada em Cortes Constitucionais e em Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Entretanto, o reconhecimento da existência de cláusulas constitucionais implícitas de penalização não significa que todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente reconhecido exija que sua proteção seja levada a efeito por meio da criminalização de seus comportamentos atentatórios, o que poderia levar à hipertrofia do poder punitivo, com a consequente atrofia da esfera de liberdade dos cidadãos, desnaturalizando a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, cuja marca distintiva em relação aos demais ramos jurídicos é, precisamente, a sua intervenção mínima.

Por isso, é de fundamental importância a ressalva de Vega (2001, p. 881-882), segundo quem a Constituição exige a proteção penal, não de todos, mas de determinados bens jurídicos que se revelem inequivocavelmente primários no âmbito de uma sociedade democrática submetida a um programa constitucional assentado na defesa da vida, da *liberdade* e da *dignidade humana*.

Em semelhante sentido, apregoa Feldens (2005, p. 139) que a teoria dos mandados implícitos de criminalização é uma *teoria de extremos*, de sorte que somente os ataques mais repulsivos aos bens jurídicos que ocupem o epicentro do sistema de proteção jurídico-penal, a saber, a vida, a dignidade humana e a liberdade, podem ser identificados, a partir do texto constitucional, como carecedores de tutela penal e exigir a consequente intervenção legislativa.

Dessa maneira, conclui que se arreda o operador do direito da zona *gris* entre a *obrigação* e a *conveniência* constitucional de legislar penalmente, insuscetível de controle jurisdicional, com o consequente afastamento da sua subjetividade inerente a essa situação limítrofe, relegando-se à condição de mandamentos implícitos de penalização apenas os ataques intoleráveis, de maior expressividade, à vida, à dignidade humana e à liberdade, cuja criminalização é obrigatória e, portanto, passível de ser sindicada judicialmente.

A partir de uma visão neoconstitucionalista, Andrade (2019, p. 35) lista como fundamentos teóricos que justificam a existência dos mandados constitucionais implícitos de criminalização o caráter normativo dos princípios constitucionais, a existência de deveres estatais de proteção e o princípio da vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Com efeito, superada a compreensão clássica de que os direitos fundamentais se restringiam, exclusivamente, aos direitos de liberdade que conferiam garantias ao indivíduo em face do Estado, especialmente a partir do período pós-guerras, passou-se a se consolidar a ideia da existência de outros direitos, com semelhante importância e idêntica fundamentalidade, de natureza prestacional, que exigiam a atuação positiva do Estado em favor das pessoas para a sua plena fruição. Vale dizer,

o Estado passa a se obrigar não apenas a observar os direitos do indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressões provenientes de terceiros, evoluindo da posição de adversário para guardião desses direitos. (Mendes; Branco, 2007, p. 11).

Portanto, a monocultural noção de que a eficácia dos direitos fundamentais era unicamente *vertical*, garantindo a tutela de cada indivíduo exclusivamente da potestade do poder público, é ampliada para passar a conceber a existência de uma eficácia *horizontal* dos direitos fundamentais, em que o Estado passa a ser devedor da obrigação prestacional de assegurar a tutela dos direitos fundamentais de cada indivíduo, inclusive de possíveis ataques promovidos por terceiros particulares.

A partir da assimilação de que os ataques aos direitos fundamentais não podem provir unicamente do poder público, mas, também, de particulares

e de poderes privados, emerge a noção dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela*, que impõem ao Estado o dever de proteção *eficiente* e *suficiente* sobre o catálogo de direitos de cada indivíduo, inclusive de ofensas promanadas de terceiros particulares, vedada a proteção deficiente:

O objetivo principal da função de *imperativo de tutela* no âmbito das relações entre particulares é, por conseguinte, o de proteger os bens jurídico-fundamentais perante intervenções fáticas por partes de outros sujeitos de direito privado, e de assegurar a sua efectiva capacidade funcional. (Canaris, 2003, p. 107).

É bem verdade que, no desiderato de tutelar direitos fundamentais, o poder público se vê diante do dever de intervir na esfera da vida privada de outras pessoas, o que deve ser feito à luz do princípio da proporcionalidade, não se revelando razoável que a ingerência seja nem excessiva, a ponto se sacrificar em demasia a esfera jurídica do particular afetado com a sua intromissão, nem, tampouco, deficiente, a ponto de sua interferência se revelar manifestamente insuficiente para bem tutelar o direito fundamental em perigo.

Transpondo essa discussão para os mandados de criminalização, objeto central do presente trabalho, é certo que a missão fundamental que legitima a intervenção do direito penal na esfera da vida privada dos indivíduos é a proteção de bens jurídicos, assimilados como bens ou valores que concretizam valores constitucionais ligados aos direitos fundamentais.

A propósito, Streck (2005, n/p) sustenta ser necessário superar a contraposição maniqueísta entre o Estado *mau* e a sociedade *boa*, que deveria ser protegida do *Leviatã*, por meio do Direito, reconhecendo, numa visão garantista *integral* do direito penal, que há, de um lado, a proibição do excesso (*Übermassverbot*), e, de outro, a vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Assim, ao se desincumbir do propósito de tutelar penalmente determinados direitos fundamentais protegidos em mandados implícitos de criminalização, a liberdade de conformação do legislador é estreitada por dois limites: a proibição da proteção excessiva (a medida máxima) e a proibição da proteção insuficiente (a medida mínima), centrando-se a discricionariedade legislativa, precisamente, entre essas duas medidas (Feldens, 2005, p. 110).

Retomando o raciocínio original, segundo o qual o *locus* apropriado para a incidência dos mandamentos implícitos de penalização são os *cacos extremos*, Luciano Feldens (2005, p. 140), após determinar que há consenso axiológico em proteção penal da vida, da dignidade humana e da liberdade, define duas regras para a sua identificação: i) o bem jurídico protegido deve ter inquestionável preponderância na ordem constitucional de valores; ii) o grau de repulsividade do ataque a um determinado direito fundamental faz com que a sanção penal seja a única proteção normativa eficaz que apresenta um efeito dissuasório suficiente para a sua proteção.

Nesse sentido, defende que, no que concerne à proteção do direito à vida, seriam comportamentos objetos de mandados implícitos de penalização o homicídio doloso, excluídos o homicídio piedoso (eutanásia ou

ortotanásia), o homicídio culposo, o infanticídio e o aborto consentido, ao passo em que, no que tange à tutela da dignidade humana, o estupro e a tortura seriam exemplos de tais ordens não expressas, enquanto, em relação à proteção da liberdade, a extorsão mediante sequestro, a escravidão e o abuso de autoridade seriam evidências de ordens implícitas de criminalização (Feldens, 2005, p. 141-148).

>> Conclusão

A presente investigação revelou-se frutífera ao desvelar os intrincados meandros dos mandamentos de criminalização, expressos e implícitos, presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ao longo deste estudo, propusemo-nos a examinar a natureza e a extensão desses mandamentos, bem como seu impacto na legislação penal vigente, tendo em vista a proteção de direitos fundamentais. A questão central que norteou nossa análise foi: até que ponto o legislador ordinário está vinculado aos mandamentos de criminalização previstos na Constituição? Além disso, buscou-se compreender como esses mandamentos têm influenciado a política criminal brasileira ao longo do tempo.

Os objetivos deste trabalho, delineados na introdução, foram plenamente atingidos. Inicialmente, identificamos e discutimos os mandamentos de criminalização expressos no texto constitucional de 1988, analisando detalhadamente cada um deles e sua fundamentação jurídica. Em seguida, exploramos a existência e a fundamentação dos mandamentos implícitos de criminalização, investigando sua evolução histórica nas constituições brasileiras anteriores e em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Por fim, avaliamos a relevância e a aplicação prática desses mandamentos na legislação penal brasileira contemporânea, verificando como os tribunais têm interpretado e aplicado tais normas em casos concretos.

A relevância deste estudo foi evidenciada pela importância dos mandamentos de criminalização no fortalecimento da proteção de direitos fundamentais. Esses mandamentos, ao impor ao legislador ordinário a obrigação de tipificar determinadas condutas como crimes, garantem uma proteção robusta e eficaz a direitos fundamentais de elevada relevância, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a saúde pública. Além disso, a análise dos mandamentos implícitos de criminalização permitiu aprofundar a compreensão das obrigações do Estado na prevenção e repressão de condutas que atentem contra os valores mais elevados da sociedade.

Os mandamentos expressos de criminalização presentes na Constituição de 1988, como a prática do racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os crimes hediondos, revelam a preocupação do legislador constituinte com a proteção de bens jurídicos de elevada relevância. Esses mandamentos impõem ao legislador ordinário a obrigação de tipificar tais condutas como crimes, assegurando uma proteção penal robusta e eficaz.

Os mandamentos implícitos de criminalização, por sua vez, decorrem da necessidade de proteger direitos fundamentais de forma eficiente e su-

ficiente, mesmo quando não há uma determinação expressa no texto constitucional. A existência desses mandamentos foi amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, sendo considerados essenciais para a tutela de direitos fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade.

A análise dos mandamentos implícitos de criminalização permitiu compreender que, embora não expressos no texto constitucional, esses mandamentos são deduzidos a partir dos princípios e normas constitucionais, exigindo do legislador ordinário a adoção de medidas penais adequadas para a proteção de direitos fundamentais. Essa abordagem garante que o direito penal, como última *ratio*, seja utilizado de forma subsidiária e fragmentária, intervindo apenas quando outras medidas de proteção se mostram insuficientes.

Em conclusão, este estudo contribuiu significativamente para a compreensão dos mandamentos de criminalização na ordem constitucional brasileira, destacando sua importância na proteção de direitos fundamentais e propondo reflexões sobre possíveis aprimoramentos na legislação penal e na interpretação constitucional. A investigação revelou que a Constituição de 1988, ao instituir mandamentos expressos e implícitos de criminalização, estabelece um complexo arcabouço de proteção de direitos fundamentais, vinculando o legislador ordinário a uma atuação normativa robusta e eficaz. Além disso, ao evidenciar a existência de mandamentos implícitos de criminalização, este trabalho reforça a necessidade de uma abordagem jurídica que considere a proteção de direitos fundamentais em sua máxima extensão, assegurando que o direito penal intervenha de forma proporcional e suficiente para a tutela dos valores mais elevados da sociedade.

A presente investigação oferece, assim, uma base sólida para futuras discussões e estudos sobre os mandamentos de criminalização, contribuindo para o aprimoramento do direito penal e da política criminal brasileira. A análise crítica dos mandamentos expressos e implícitos de criminalização permite identificar desafios e oportunidades para fortalecer a proteção dos direitos fundamentais no Brasil, promovendo uma justiça mais autêntica e equitativa em nossa sociedade.

>> Referências

- ALEXY, R.. Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, C. G. C. de. Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Politica do Imperio do Brazil. Brasília, DF, 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1937)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. [Emenda Constitucional nº 1, de 1969)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2023.

CANARIS, C. W.. Direitos Fundamentais e Direito Privado, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, S. de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

DOTTI, R. A.. Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1125 – 1140. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, v. 6).

FELDENS, L.. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, L. Ca. dos S.. A atuação criminal do Ministério Público: entre a tradição e a efetividade. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 46, p. 142 – 173, jan./fev. 2004.

GONÇALVES, Luiz C. dos S.. Mandados de Criminalização e proteção dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LORENTE, J. M.. Obligaciones Constitucionales de Incriminación y Derecho Penal Simbólico. Revista de Derecho y Processo Penal, Aranzati, n. 6, p. 103-131, 2001.

LUISI, L.. Direito penal e revisão constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 729, p. 369, jul. 1996.

LUISI, L.. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, A. R. A. de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170>. Acesso em: 27 ago. 2021.

PALAZZO, F.. Valores Constitucionais e Direito Penal. Tradução: Géron Pereira dos Santos. Sérgio Antonio Fabris, 1989.

PONTE, A. C. da. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTE, A.C. da. KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Terrorismo: análise da Lei nº 13.260/16. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v.11, 2017, p. 132 - 148. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/345>. Acesso em: 27 ago. 2021.

SANCHEZ, Jesus-Maria S.. Observaciones sobre la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Penal em España, Revista de Ciencias Jurídicas, Más Derecho?, Buenos Aires, 2001.

SMANIO, G. P.. A tutela penal constitucional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 39, p. 125-147, jul./set. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, mar. 2005.

UNESCO. Constitución de la Nación Argentina. 2018. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

UNESCO. Constitución Política de La República. 2021. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 14 nov. 2023.

VEGA. Dulce María Santana. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermin Morales (coord.). El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memória del Professor José Manuel Valle Muñiz. Madri: Aranzadi, 2001. p. 295-400.

