

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Fernando Faleiros Rezende

**IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE
CRIMINALIZAÇÃO:**

O LEGISLADOR PENAL ENTRE A OBRIGAÇÃO E A EXORTAÇÃO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudo em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Direito / Menção em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação da Professora Doutora Maria João Antunes

Outubro de 2020



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FERNANDO FALEIROS REZENDE

IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO:

O legislador penal entre a obrigação e a exortação

**CONSTITUTIONAL IMPOSITIONS OF CRIMINALIZATION: the criminal
legislator between the obligation and the exhortation**

**Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área
de Especialização em Direito / Menção em
Ciências Jurídico-Criminais.**

**Orientadora: Professora Doutora Maria
João Antunes**

COIMBRA

2020

RESUMO: Com o presente trabalho, intenta-se analisar os principais aspectos do tema das imposições constitucionais de criminalização e, por consequência, a questão de se saber até que ponto a Constituição poderá agir como fundamento ao direito penal, retirando margens apreciativas acometidas, num primeiro plano, ao legislador. Para tanto, parte-se da análise em específico de algumas imposições constitucionais expressas de criminalização, normas formalmente positivadas pelo legislador constituinte nas Constituições de diversos Estados. Neste ponto, será dada atenção às condutas e aos bens expressamente elencados pela Constituição em normas expressas de criminalização. Indaga-se, inclusive, se haveria uma concordância, ou discordância, acerca dos bens protegidos pelos dispositivos constitucionais analisados, ou seja, qual seria, ao final, o sentido destas imposições constitucionais expressas de criminalização. Num segundo momento, parte-se à análise, nomeadamente, do liame que comportam legislador penal e Constituição como fundamento exposto ao direito penal. Aqui, terão relevo os aspectos que informam os limites e as extensões da relação entre legislador constituinte e legislador penal. Ademais, aferem-se as peculiaridades concernentes ao controle de constitucionalidade das imposições constitucionais expressas de criminalização, isto é, como dar-se-á, designadamente, o embate entre legislador penal e jurisdição constitucional. Por fim, perquire-se acerca da existência de eventuais imposições constitucionais implícitas de criminalização. É dizer, objetiva-se analisar se, ademais de comandos expressos de criminalização, outras imposições – implícitas - de cunho material seriam aferíveis da Constituição. Neste ponto, dar-se-á atenção à jurisprudência alemã, base à dogmática do dever de proteção dos direitos fundamentais. Não obstante, indagar-se-á sobre os aspectos da relação entre legislador penal e jurisdição constitucional, neste ponto, implícito, material.

PALAVRAS-CHAVE: Imposições constitucionais expressas de criminalização; Constituição; legislador; controle de constitucionalidade; imposições constitucionais implícitas de criminalização.

ABSTRACT: The aim of the present dissertation is to analyze the main aspects of the theme regarding constitutional impositions of criminalization and, consequently, to analyze the question of knowing to what extent the Constitution can act as a foundation for criminal law, removing appreciative margins directed, primarily, to the legislator. Therefore, the present study starts from a specific analysis of some formally and expressed constitutional impositions of criminalization, norms formally inserted by the constituent legislator in the Constitutions of several States. At this point, attention will be paid to the conducts and assets expressly listed by the Constitutions in expressed criminalization orders. It is even questioned whether there would be an agreement, or disagreement, about the values protected by the constitutional criminalizing orders devices, that is, what, in the end, would be the meaning of these expressed constitutional impositions of criminalization. In a second moment, it is the aim to analyze, namely, the link between the criminal legislator and the Constitution as an express foundation for criminal law. At this point, the aspects that inform the limits and as the basis of the relationship between the constituent legislator and the criminal legislator will be highlighted. Furthermore, the peculiarities concerning the control of the constitutionality of the expressed constitutional impositions of criminalization are also examined, that is, how the connection between criminal legislator and constitutional jurisdiction will take place. Finally, it is questioned about the possibility of existence of implicit constitutional impositions of criminalization. That is, the objective is to analyze whether, in addition to expressed commands of criminalization, other impositions – implicit - of a material nature could be deduced by the Constitution. At this point, attention will be paid to German jurisprudence, based on the dogmatics of the duty to protect fundamental rights. Nevertheless, the aim will be to establish the primarily concerning issues regarding the connection between criminal legislator and constitutional jurisdiction, at this point, on the implicit, material plane.

KEYWORDS: Expressed constitutional impositions of criminalization; Constitution; legislator; constitutionality control; implicit constitutional impositions of criminalization.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC __ Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT __ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI __ Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO __ Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

CE __ Constituição Espanhola

CRFB __ Constituição da República Federativa do Brasil

CRI__ Constituição da República Italiana

CRP__ Constituição da República Portuguesa

HC__ Habeas Corpus

LFRA __ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha

MI __ Mandado de Injunção

PGR __ Procurador Geral da República

STF__ Supremo Tribunal Federal

TC __ Tribunal Constitucional português

TCFA __ Tribunal Constitucional Federal Alemão

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS EXPRESSAS DE CRIMINALIZAÇÃO	8
1.1. Normas de eficácia limitada	8
1.2. Espécimes	11
1.2.1. Itália.....	11
1.2.2. Alemanha	14
1.2.3. Portugal.....	16
1.2.4. Espanha.....	19
1.2.5. Brasil.....	26
1.3. Qual o sentido das imposições constitucionais expressas de criminalização?	48
CAPÍTULO II – O LIAME ENTRE O LEGISLADOR PENAL E A CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTO EXPRESSO AO DIREITO PENAL	53
2.1. “Sinal verde” ao legislador penal	53
2.2. A antevisão dos critérios materiais do delito pelo legislador constituinte	56
2.3. Inconstitucionalidade por omissão	59
2.3.1. O contexto brasileiro.....	61
2.3.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	62
2.3.1.2. Mandado de Injunção.....	64
2.3.1.3. Caso prático: “Homotransfobia”	66
2.4. Inconstitucionalidade por ação	73
CAPÍTULO III – IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITAS DE CRIMINALIZAÇÃO?	77
3.1. Corolários do direito “vivo”	77
3.2. Dever de proteção aos Direitos Fundamentais	79
3.2.1. O caso <i>Liith</i>	79

3.2.2. Aborto I.....	82
3.2.3. Aborto II.....	85
3.3. Proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente.....	88
3.4. Indicativos de criminalização.....	91
3.5. Inconstitucionalidade por omissão?.....	96
3.6. Inconstitucionalidade por ação.....	103
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	123
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS	127
REFEFÊNCIAS ELETRÔNICAS.....	132

INTRODUÇÃO

O tema das imposições constitucionais de criminalização chancela, de fato, uma nova concepção acerca do liame entre Constituição e legislador penal. Neste plano, a Constituição não será apenas limite à atividade legislativa - função precípua que lhe incumbe -, mas, também - e principalmente - fundamento ao direito penal. Isto significa dizer, portanto, que o legislador penal, em atenção ao quadro constitucional, dotado de força normativa e em superior hierarquia, estará, muitas vezes, obrigado - sob pena de inconstitucionalidade - a proceder à criminalização de condutas e, não obstante, à não descriminalização de outras. Dir-se-á, inclusive, que esta nova acepção, que cunha a Constituição como fundamento ao direito penal pelas imposições constitucionais de criminalização, fá-lo de duas formas: pela via expressa - formal - e pela via implícita - material.

Num primeiro momento - pela evidência que lhes é peculiar -, evidenciam-se as imposições constitucionais expressas de criminalização. Como normas formais, positivadas, demarcam uma conexão regulatória - em respeito ao princípio da legalidade, que veda a Constituição na criminalização originária - sobre o legislador penal, obrigando-o à criminalização de condutas. Neste ponto, será objetivo do presente estudo, *prima facie*, a apresentação de alguns exemplos de imposições constitucionais expressas de criminalização em ordenamentos jurídico-constitucionais de alguns Estados. Indagar-se-á, neste ínterim, se, da análise comparativa entre diversas normas deste calibre, seria possível - ou não - aferir uma concordância substancial entre os valores e as condutas apontados pelos dispositivos constitucionais expressos. Isto é, saber se, no fundo, mostrar-se-á viável inferir um sentido em comum entre os bens jurídicos e as condutas - prévia e expressamente demarcados, pelo legislador constituinte ao legislador comum - que, aos olhos da Constituição, devem encontra-se, imperativamente, sob a guarida da proteção penal.

Num segundo momento terá ênfase a específica relação que compartilham Constituição e legislador ordinário no âmbito das imposições constitucionais expressas de criminalização. Das acepções da Constituição como fundamento expresso ao direito penal, além da análise da atuação originária - a saber até que ponto teria o constituinte se adiantado nas tarefas do legislador ordinário -, adentra-se, designadamente, o plano do controle de constitucionalidade. Como normas constitucionais expressas, será somente pela via do

estudo dos mecanismos de controle que lhe são aptos que se poderá, com efeito, analisar os limites da relação entre legislador e a Constituição como fundamento ao direito penal.

À partida, destaca-se a espécie do controle de constitucionalidade característico destas normas, as quais, por exigirem do legislador, precipuamente, a tipificação de novos crimes, inevitavelmente, impõem-lhe um *facere*, o qual, por seu turno, traduzir-se-á, no controle constitucional, pelas vias da inconstitucionalidade por omissão. Neste particular, analisa-se o caso prático do julgamento da “Homotransfobia” no cenário brasileiro, responsável por, recentemente, levantar diversas questões acerca do controle da inconstitucionalidade por omissão em referência a imposições constitucionais expressas de criminalização. Ainda no segundo ponto, e ainda que não seja a especificidade deste setor, dever-se-á adentrar o plano da inconstitucionalidade por ação. Este, como reflexo primacial das noções de Constituição como limite ao legislador penal, também aqui fará vozes, pelo que seu estudo não será olvidado.

Por fim, perquirir-se-á acerca da questão de se saber se - além das imposições constitucionais expressas de criminalização - seria possível deduzir, da Constituição, outras imposições - implícitas - com o mesmo fito de impelir o legislador na criminalização de condutas, sob pena de inconstitucionalidade. Neste particular, serão abordados, a princípio, fragmentos da evolução jurisprudencial, designadamente, alemã, incumbida por desenvolver primordialmente as noções de dever de proteção dos direitos fundamentais, pressuposto primeiro à possível constatação do que veio a chamar-se de imposição constitucional implícita de criminalização. Por conseguinte, estabelecidos os preceitos, restará analisar o liame entre Constituição e legislador neste setor. Primeiro, adentra-se ao estudo dos princípios constitucionais que balizam a conformação do dever de proteção - a cargo do Estado e, conseqüentemente, do legislador - dos direitos fundamentais: o princípio da proibição do excesso e o princípio da proibição da proteção insuficiente. A seguir, intenta-se transladar tais preceitos ao plano penal, isto é, analisar se, em atenção a referido dever de proteção, o legislador poderia encontrar-se - em alguns casos e em relação a alguns bens - perante imposições implícitas de criminalização. Para tanto, mais uma vez, deve-se permear o plano do controle de constitucionalidade, seja no plano omissivo, seja no plano comissivo. Só este dará azo, nesta linha, à correta compreensão dos limites que subjazem à discricionariedade legislativa perante imposições constitucionais de criminalização.

CAPÍTULO I – IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS EXPRESSAS DE CRIMINALIZAÇÃO

1.1. Normas de eficácia limitada

Como normas positivadas, as imposições constitucionais expressas de criminalização, pela formalidade intrínseca que comportam, fazem parte do “Direito constitucional-penal positivo”, isto é, da “Constituição Penal em sentido *formal*”¹. Todavia, muito diferem das restantes normas. *Ab ovo*, delimitam-se os termos: *Imposição* é termo caracterizador de um enunciado deôntico – aqui, consubstanciado numa norma jurídico-constitucional -, que não pretende somente expressar ou descrever fatos e informações, mas sim dirigir, modificar e influenciar comportamentos. *Constitucional* é termo que delimita o *locus* normativo do qual emanam as imposições. A norma expressa que impõe, tem, portanto, assento constitucional. *Criminalização*, por fim, refere-se à teleologia anunciada, a qual virar a peculiarizar esta espécie de norma constitucional.²

Neste particular, o vínculo de criminalização positivado pela Constituição mostra-se, pela própria formalidade, estruturado como verdadeiro “imperativo categórico”, demarcando bens jurídicos que, de forma obrigatória, deverão ser protegidos pelo aparato penal. É dizer, a Constituição age de maneira coativa sobre o titular do monopólio normativo-penal, o qual, em decorrência da obrigação que lhe recai, deverá proceder ao delineamento do setor indicado ao traçar as necessárias e específicas medidas exigidas.³ Como verdadeiras “regras constitucionais impositivas”⁴, são normas que “impõem a um

¹ Cf. FELDENS, Luciano. “Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar.” *In: Novos Rumos Do Direito penal Contemporâneo*. (Org). SCHMIDT, Andrei Zenkner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.1. 2006, p. 391ss.

² Em semelhante sentido delimitativo-conceitual, cf. SCALCON. Raquel Lima. “Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização: podemos manter o legislador ordinário na prisão?” *In Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Porto Alegre. v.1. n.º 1, 2009, p. 167ss.

³ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Pisa: Edizioni ETS, 2009, p. 27.

⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7.^a ed. 16 reimp. Coimbra. Almedina, 2003, p. 1172. Em sentido semelhante, Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 160ss.

determinado *sujeito* a adoção de certa conduta (*ação*)⁵. Noutros termos, sua presença revela a existência de um liame regulatório entre Constituição e Poder constituído.

De pronto, as últimas assertivas implicam que o destinatário da norma constitucional expressa – em razão de sua teleologia - não possa ser outro senão o legislador penal. Em matéria criminal, num Estado Constitucional de Direito, impera o princípio – ou mesmo regra⁶ - da legalidade, o qual, no tocante ao direito penal, talvez seja “a maior garantia de caráter político derivada da adoção do princípio do Estado de Direito (...)”⁷. A lei penal é, em rigor, submetida à reserva de lei pelo Parlamento.⁸ Só este, representante do povo, pode legitimamente ingerir nas liberdades e direitos fundamentais do indivíduo.

A própria Constituição parte desta premissa, ou seja, impõe uma tarefa ao legislador, prescindindo de cumpri-la por si. Outro modo fosse, estar-se-ia perante verdadeiro “tipo constitucional de crime”⁹, de uma “punição automática” decorrente do texto constitucional¹⁰. É dizer, as imposições expressas, como “afloramentos *directos* de uma imposição vinculante ao legislador ordinário de proteger penalmente certos bens jurídicos”, não são proibições de condutas a nível constitucional. Contêm, estas normas, na verdade, fórmula vazia de conteúdo, a ser preenchida pelo legislador. Isto é, pensasse-se de forma diversa e a Carta estaria a legislar concretamente em matéria de ilícitos típicos, algo completamente inimaginável.¹¹

Noutros termos, "Seu conteúdo se traduz em um comando genérico, com reduzido grau de especificidade, de tutela penal a determinado bem, valor ou interesse constitucional. A construção da conduta delituosa exige a atuação mediadora do legislador (princípio

⁵ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 72.

⁶ Neste sentido, cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 74ss.

⁷ Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

⁸ No panorama português, o princípio da legalidade penal, máxime na expressão de seu corolário da reserva legal - encontra amparo nos art. 29 e, sobretudo, no art. 165, n.º 1, c), da Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976: “1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo. c) Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal.” No contexto brasileiro, identifica-se referido princípio no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

⁹ Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 162.

¹⁰ Cf. FLACH, Michael. "Mandados de Criminalização, tutela penal e Constituição." *In: Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. v. 7, 2015, p. 30.

¹¹ Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 202, nota 4.

constitucional da legalidade penal), importando esclarecer que da Constituição não são diretamente deduzíveis ilícitos penais"¹².

Observe-se, portanto, que o óbice oferecido pelo princípio da legalidade, máxime na sua vertente da reserva de lei, traduz-se, na tipologia normativo-constitucional, numa espécie particular que informa estas imposições constitucionais expressas de criminalização. Designadamente, as imposições constitucionais expressas de criminalização são normas de eficácia limitada.¹³ Não são normas capazes de surtir plenos efeitos desde sua promulgação, isto é, “Ornada com uma estrutura quase esquelética, esta categoria normativa detém aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.” Apesar de normas ativas e vigentes no ordenamento jurídico, sua operatividade é condicionada por atos futuros. Somente uma atuação posterior – no caso em tela do Poder Legislativo – poderá conferir-lhe plena eficácia.¹⁴

Assim, pelo fato de exigirem um imperioso ulterior desenvolvimento, as imposições constitucionais expressas de criminalização, como normas de eficácia limitada, podem ser vistas como de “conteúdo prescritivo”¹⁵. Mais especificamente, “O sujeito em questão é o legislador; o comportamento devido, a expedição de uma norma penal criminalizadora”¹⁶. Ou seja, neste ínterim, o elemento responsável por conferir plena eficácia, da qual carecem as normas desta espécie, será uma ulterior *interpositio legislatoris* tipificadora, uma subsequente implementação legislativo-penal com o fito de conferir aplicabilidade operacional à norma mandamental.¹⁷ Invariavelmente, somente o órgão legislativo, democraticamente eleito, poderá proceder à promulgação de lei penal que tipifique as condutas requeridas.

¹² Cf. FELDENS, Luciano. “Comentário ao artigo 5.º, XLII”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ª edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 420.

¹³ Opta-se pela distinção terminológica de José Afonso da SILVA. O autor subdivide as normas constitucionais, em relação à eficácia, em: normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada. Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83ss.

¹⁴ Cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 77ss.

¹⁵ Cf. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SILVA, Nathália Ribeiro Leite Silva. “Análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais.” In: *Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. Brasília. v.2. n.º 1. 2016, p. 839.

¹⁶ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle... op. cit.*, p. 72.

¹⁷ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 159ss.

1.2. Espécimes

Como normas formais, de eficácia limitada, impende, *a priori*, que se proceda à análise daqueles que parecem os principais exemplos presentes nos ordenamentos jurídico-constitucionais de alguns Estados. Uma ressalva é imperiosa, no âmbito das imposições constitucionais expressas de criminalização, uma leitura que se queira somente literal - portanto pautada exclusivamente na formulação linguística da norma - é deveras incorreta. Uma adequada compreensão desta espécie normativo-constitucional deve estar associada a uma pluralidade de ordens. Além de todos os outros fatores que possam influir na análise, a correta “chave de leitura” neste ponto, leva em consideração - por exemplo, mas não exclusivamente - seu conteúdo substancial, as razões que informam sua gênese no plano constituinte, as digressões doutrinárias correspondentes e, ainda, a aferição do cumprimento normativo, ou não, pelo legislador.¹⁸ Neste particular, a análise será feita pelo rito cronológico - no que toca à data de promulgação das Constituições - e pelo rito topográfico - no que concerne às normas constitucionais específicas de cada Carta.

1.2.1. Itália

(i) Art. 13, n.º 4.

A Constituição da República Italiana (CRI), de 1948, conta com somente uma imposição constitucional expressa de criminalização.¹⁹ Logo na Primeira Parte - no âmbito dos Direitos e Deveres do Cidadão, ao tratar do Direito Fundamental à liberdade - referida Constituição, no art. 13, n.º 4, assim dispõe:

Art. 13, n.º 4. “*É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade.*”

Primeira observação refere-se ao fato da norma fazer alusão à criminalidade relativa a pessoas específicas, aquelas “*qualquer modo submetidas a restrições de liberdade*”, com

¹⁸ Em semelhante sentido, cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 77.

¹⁹ Nota-se a doutrina dissonante. Para Janaína Conceição PASCHOAL, não se trata de imposição constitucional de criminalização, mas norma parte dos “princípios gerais de responsabilidade.” Cf. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p 110.

o condão de protegê-las em sua integridade física e moral, bens jurídicos primordialmente em causa. No polo ativo, por seu turno, figuram aqueles a cargo da responsabilidade dos restritos na liberdade, as autoridades públicas. Noutras palavras, a norma faz referência àqueles que estejam sob a custódia do Estado, sob os já específicos efeitos constrictores da execução penal. Em sentido amplo, pois, àqueles condenados pelo aparato penal estatal e que, por consequência da pena que cumprem, encontram-se já certa monta cingidos em seus direitos primordiais. Intenta-se, assim, conferir proteção à residual liberdade de circulação destes indivíduos, sujeitos à peculiar situação restritiva.²⁰

A norma aparece já nos primeiros trabalhos preparatórios da Constituição. Mais à frente, no plano da Comissão, surgiram, inclusive, propostas para suprimir a norma em questão ou para substituir-lhe o trecho "é punida" por "é vedada", ou por "é reprimida". A Comissão manteve sua posição, optando pela expressão punitiva. Posteriormente, preferiu a Assembleia, entretanto, a opção "é vedada". Ao fim, em sede de Coordenação Final, ripristinou-se o termo "é punida", que não mais sofreu objeções. Isto é, optou o constituinte, em sede final, pelo termo que mais bem delimitava suas intenções, a criminalização.²¹ Não obstante, para o constituinte, a norma deveria ser aplicada não só para os, à época, presos, mas também àqueles que já haviam cumprido a condenação, uma aplicação "pós-condenatória". Era sua intenção específica, ademais, proibir todas as formas de violência moral - como demonstra a própria literalidade normativa -, formas específicas de violência estatal que se manifestavam, à época, especialmente nas fases de interrogatório.²²

De fato, procurou-se acrescer, à norma, uma função alegórica clara de rejeitar o período antecessor alheio aos direitos fundamentais. Pode-se dizer, nesta linha, que a *ratio* que se depreende da imposição, ora analisada, vai ao encontro da necessidade de se impedir

²⁰ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 89.

²¹ Cf. COSENTINO, Francesco; FALZONE, Vittorio; PALERMO, Filippo. *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*. Roma: Colombo, 1948, p. 44ss; cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 87ss.

²² Interessante salientar que, ainda no plano constituinte, pelo Projeto *Crispo*, propôs-se o acréscimo de um outro parágrafo com a seguinte redação: "*é absolutamente vedado privar da liberdade pessoal quem é alheio ao fato pelo qual procede a autoridade policial.*" Destacou-se a necessidade da adoção da proposta com o fito de limitar os arbítrios policiais, patentes à época. Segundo o projeto, na prática judiciária daquele período, a polícia, muitas vezes, não logrando encontrar o indivíduo pelo qual procurava, acabava por aprisionar membros daquela família com a esperança de que a pessoa sob investigação reaparecesse. A proposta *Tupini*, por outro lado, destacou que a norma era desnecessária, já abrangida pelo dispositivo que contemplava o princípio da pessoalidade da pena (atual art. 27, da CRI, de 1948). A Emenda *Crispo* foi aprovada, mas, na Coordenação Final, optou-se pela exclusão do parágrafo. Cf. COSENTINO, Francesco; FALZONE, Vittorio; PALERMO, Filippo. *La Costituzione... op. cit.*, p. 44ss. O ponto é ressaltado pelos professores italianos. Cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. "Constituição e escolha de bens jurídicos". In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. v.4. 1994.p. 174.

a arbitrariedade e a impunidade dos agentes públicos, uma situação de violência legalizada face o cidadão.²³ Nomeadamente, a norma reflete “o conhecimento dos arbítrios e das violências que, sobretudo da parte da polícia, se tinham perpetrado sob o regime fascista”²⁴. Numa perspectiva ampla, poder-se-ia dizer, nesta linha, que a norma almeja a proteção da própria ordem constitucional democrática recém implementada. Sobressalta, expressamente, a importância de valores fundamentais, amplamente violados na conjuntura anterior, além de agir, inegavelmente, como forte garantia criminal aos novos valores democráticos recém consagrados.²⁵

Trata-se, aqui, de garantia à especial relação “cidadão/Estado, autoridade/liberdade”, especialmente sujeita a maiores perigos de abusivas intromissões estatais no seio dos direitos fundamentais. Assim, pela especial força que comporta, a relação é capaz de engendrar especial eficácia – penal - que se pretende conferir à garantia.²⁶ As criminalizações daqui depreendidas, portanto, figuram como arquétipos de uma afirmação absenteísta ao Estado. Como exaltado pelas razões constituintes, no fundo, a intenção da norma é obstar o indesejável passado, “cujo retorno se quer impedir para sempre”²⁷.

O tipo legal atrelado à imposição de criminalização é o art. 608, do Código Penal italiano, presente no capítulo dos crimes contra a vida e a incolumidade individual. Literalmente, o dispositivo fornece, sem dúvidas, ampla garantia àqueles indivíduos, além de procurar estigmatizar todos aqueles arbítrios. Ressalta-se que o cumprimento da imposição constitucional não se deu *ad hoc* pelo legislador através de ulterior intervenção legislativa. O art. 608 referido estava já em vigor antes da promulgação da Constituição republicana, isto é, não exigiu ulterior intervenção do legislador penal.²⁸ No ponto, pode-se dizer que a norma nasceu dotada e eficaz plena, afirmação que reforça o argumento de que o constituinte objetivou, em verdade, cunhar uma garantia criminal bem demarcada e contextualizada. Pelas vias de imposição constitucional expressa de criminalização, objetivou restabelecer certos valores postos de lado por tenebroso período, reafirmando-os pela via do baluarte da garantia a nível constitucional.

²³ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 89.

²⁴ Cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Constituição...” *In: Revista... op. cit.*, p. 174.

²⁵ Em semelhante sentido, cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 89ss.

²⁶ Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. 1.º ed. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 312ss.

²⁷ Cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Constituição...” *In: Revista... op. cit.*, p. 173.

²⁸ De maneira ampla sobre o cumprimento legal, cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 91ss.

1.2.2. Alemanha

(i) Art. 26, n.º 1

Também a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (LFRFA), de 1949, conta, à semelhança com Itália, com singular imposição constitucional expressa de criminalização. No capítulo Segundo, no âmbito da Federação e do Estado, o art. 26, n.º 1, que trata da garantia da Paz, dispõe:

Art. 26, n.º 1. *“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 inconstitucionais. Estes atos estão sujeitos às penas da lei.”*

As condutas criminosas são externadas, é verdade, de forma genérica, conferindo ampla margem à delimitação pelo legislador. Quanto aos bens protegidos, destaca-se uma preocupação especial com o direito à coexistência pacífica entre os povos, uma espécie de direito fundamental à paz.²⁹ No fundo, o que se quer afirmar é a proteção do próprio Estado e da estabilidade democrática do sistema.³⁰ A imposição age, nessa ótica, como escudo protetor a envolver a estrutura daquele novo modelo de Estado consagrado. Veda que a instabilidade e a segurança – ainda reinantes no cenário imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial - fizessem com que o Estado já nascesse em franca fragilidade, em vias de não consagração. Suas intenções, portanto, anunciam um “condicionalismo histórico bem situado”³¹. Lembre-se, à semelhança com Itália, a Alemanha, à época da promulgação constitucional, renascia das “trágicas experiências do passado”³².

No que toca às razões constituintes, depreende-se que sempre fora intenção o oferecimento do arsenal penal. Os debates atentaram, mais especificamente, somente à necessidade – ou não - de se prever a criminalização pela via de expressões mais estritamente relacionadas ao direito penal, como “crimes” ou, por outro lado, pela via de expressões mais abrangentes, referentes ao ordenamento constitucional como um todo, como o é "são

²⁹ Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 54.

³⁰ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 124ss.

³¹ Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 312.

³² Cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Constituição...” *In: Revista... op. cit.*, p. 173.

inconstitucionais”³³. Em que pese a discordância constituinte, de fato, não atingiu o cerne da questão, o qual se manteve intacto. Isto é, as condutas afirmadas pelo constituinte, invariavelmente, deveriam ser criminalizadas, era esta a única intenção.

No tocante à implementação da obrigação constitucional, mais especificamente em relação às condutas prejudiciais à "coexistência pacífica dos povos" – primeira parte da norma - constituiu um significativo primeiro desenvolvimento o art. 20, do Código Penal alemão, destinado a incriminar as várias formas de genocídio (*Völkermord*). Em consequência da reforma legal de 26 de junho de 2002, a disposição foi revogada e, assim, devem hoje ser entendidos, prioritariamente e segundo a doutrina, os casos incriminadores referentes aos tipos penais contidos no Código Penal Internacional alemão, máxime no art. 2º, n.º 10. Com relação à segunda parte da norma constitucional - que demanda a criminalização de atos destinados à guerra de agressão - o cumprimento deu-se, de fato, apenas com a 8ª Lei de Reforma Penal (*Strafrechtsänderungsgesetz, StrÄndG*, de 25 de junho de 1968, responsável por instituir os artigos §§ 80 e 80a, do Código Penal alemão.³⁴ Atualmente, com alteração pelo art. 2.º *VStGBÄndG* de 1º de janeiro de 2017, um cumprimento encontra-se, sobretudo, nos artigos 80a - delitos de traição da paz (*Friedensverrat*) -; e 81, dos delitos de alta traição (*Hochverrat*).

³³ Note-se, a exemplo, que a Comissão Editorial Geral do Conselho Parlamentar formulou o art. 29, *b*, da seguinte forma em sua proposta, de 13 de dezembro de 1948: "*Ações que possam perturbar a convivência pacífica dos povos e realizadas com esse propósito são proibidas e criminalizadas.*" Com o fito de justificar a redação, que havia suprimido o termo "inconstitucional" da redação anterior, argumentou-se que esta última seria insuficiente. O correto seria a previsão daqueles atos como crimes, vinculando-se expressamente o legislador federal nas consequências jurídicas correspondentes. O constituinte *Mangoldt* defendeu a versão "são inconstitucionais", já que, para ele, as normas constitucionais continham eficácia direta e, portanto, não seria necessário um ulterior desenvolvimento normativo para que a proteção fosse concretizada. Sem embargo, o termo já implicitamente conferiria àquelas condutas o estatuto da proibição, da criminalização. O constituinte *Zinn* considerou que a expressão "são inconstitucionais" não poderia ser simplesmente utilizada para deduzir-se que aquelas condutas deveriam ser crimes. Para ele, as condutas que perturbam a paz deveriam ser expressamente declaradas como crimes, a demarcarem a necessidade de ulterior regulamentação por Lei Federal. Ao fim, prevaleceu a opção mais abrangente. Cf. KUNZE, Andreas. *Der Stellenwert des Art. 26 I GG innerhalb des grundgesetzlichen Friedensgebotes*. Zugleich Universität Bielefeld. Dissertation. Juristische Reihe Tenea, 2004, p. 118ss.

³⁴ As considerações são de Caterina PAONESSA. Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 124ss. A doutrina não deixava, note-se, de levantar indagações acerca da eficácia da norma constitucional, a qual "não *actuou* durante nada menos do que 19 anos (de 1949 até Junho de 1968) sem que se pudesse adoptar qualquer remédio contra a inércia legislativa." É a posição de Emilio DOLCINI e Giorgio MARINUCCI. Para estes, referida omissão legislativa teria razão na relutância do legislador alemão em reconhecer a responsabilidade da Alemanha no desencadeamento da Segunda Guerra Mundial. Cf. "Constituição..." *In: Revista... op. cit.*, p. 175.

1.2.3. Portugal

(i) Art. 117, n.º 3

No atual contexto da CRP, de 1976, também somente uma imposição constitucional expressa de criminalização é comumente apontada.³⁵ Em sua Parte III, referente à organização do poder político, em seu Título I, concernente aos Princípios Gerais, o Art. 117 - que versa sobre o Estatuto dos Titulares de Cargos Políticos – disciplina, em seu n.º 3, que:

Art. 117, n.º 3: “A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato.”

Primeira conclusão que se retira é de que diversos crimes, de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, deverão ser tipificados pelo legislador. Quais são eles, todavia, não fala a norma. De fato, “tratar-se-ia sempre de uma imposição muito vaga”³⁶, que, no plano doutrinário, não deixa de levantar indagações.³⁷

³⁵ Nota-se, entretanto, que, na formulação original da CRP, outra norma gerava polêmica quanto ao seu enquadramento como imposição constitucional expressa de criminalização. A norma - revogada pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho - era a do art. 88, n.ºs 1 e 2, que assim preconizavam: “1. As actividades delituosas contra a economia nacional serão definidas por lei e objecto de sanções adequadas à sua gravidade. 2. As sanções poderão incluir, como efeito da pena, a perda dos bens, directa ou indirectamente obtidos com a actividade criminosa, e sem que ao infractor caiba qualquer indemnização.” Para José de Faria COSTA, a norma era verdadeira imposição constitucional expressa de criminalização. Apesar dos bens protegidos não terem recorte normativo constitucional, o dispositivo - por pressuposição implícita - agia como imposição constitucional expressa. Ademais, para o autor, a norma impunha tanto finalidades político criminais, como delimitadas e específicas regras, que poderiam servir de base ao recorte subsequente da norma penal abstrata, como o é a questão da indenização. Cf. *O perigo... op. cit.*, p. 202 (nota 4), 204 e 206. Para Maria Conceição Ferreira da CUNHA, por outro lado, a norma não era verdadeira imposição constitucional expressa de criminalização. Enquanto o n.º 1 impunha respeito à subsidiariedade do direito penal - é dizer, permitia, em função da gravidade das condutas, sanções extrapenais -, o n.º 2 somente autorizava efeitos da pena. Cf. *Constituição... op. cit.*, p. 309ss, em especial nota 854. Para Caterina PAONESSA, seria imposição destoante - e, no fundo, excessiva - por prever, a nível constitucional, a proteção penal a um bem alheio à categoria de direito fundamental. A revogação desta disposição, inclusive, somente teria confirmado o fato de que a matéria de imposições constitucionais expressas de criminalização, mais especificamente no âmbito europeu, estaria intimamente atrelada à proteção de direitos fundamentais, âmbito do qual fuge a economia nacional, anteriormente protegida pela norma revogada. Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 137.

³⁶ Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 309.

³⁷ Para José de Faria COSTA, trata-se de autêntica imposição constitucional expressa de criminalização, é dizer, da leitura do dispositivo “torna-se meridianamente transparente que o legislador ordinário está obrigado a criminalizar certo tipo de condutas que se prendem com a responsabilidade dos titulares de cargos políticos.” Ademais, seria claro neste sentido quando, inclusive, oferece orientações político criminais acerca das sanções e dos efeitos da pena. Junto ao revogado art. 88, seriam as únicas imposições expressas, para o autor, encontradas em sede de CRP. Quanto às razões que informam a norma, seria instrumento constituinte “para que não restassem dúvidas relativamente a honorabilidade das suas intenções político-legislativas, submeter alguns actos dos políticos – tidos como materialmente ilícitos -, enquanto políticos, ao império da lei penal.”

Nos preparatórios da CRP, vê-se que deu margem ao texto final da norma o art. 118, do Projeto de Constituição do Partido do Centro Democrático Social (CDS), de 07 de julho de 1975.³⁸ A matéria foi disciplinada pela Lei n.º 34/87, de 16 de julho de 1987 - portanto mais de dez anos após a promulgação da CRP - que trata dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos.³⁹ Repare-se que a CRP - à semelhança das Cartas alemã e italiana - é fruto de forte rearranjo institucional encarregado de romper com o paradigma repressor antecessor e consagrar o Estado democrático de Direito. Veja-se que, no fundo, quando a Constituição invade este quadrante dos atos políticos, mais do que impor criminalizações ao legislador, está, também, a impor uma imagem de “autoproteção”. Isto é, quando explicita uma penalização, no plano político, sempre dotada de caráter simbólico, de fato, a Constituição age como protetora - utilizando-se do meio mais forte, penal - de si mesma.⁴⁰ Apesar do atraso legislativo, a importância dos bens jurídicos protegidos penalmente em decorrência do cumprimento da norma⁴¹ - somada ao fato de se tratar, neste

Neste ponto, pois, inverter-se-ia a noção tradicional, que interliga a Constituição e o direito penal, como limite, em atenção a estratégias político-criminais constituintes. Cf. *O perigo... op. cit.*, p. 202ss; Cf. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 3.ª ed. Coimbra Editora, 2012, p. 116. É também a posição de Maria Conceição Ferreira da CUNHA, quem também reconhece a norma como imposição constitucional expressa de criminalização, apesar das fortes críticas. Cf. *Constituição... op. cit.*, p. 309. Caterina PAONESSA coloca em dúvida o enquadramento da norma nesta espécie, ainda que sublinhe ser esta a posição majoritária da doutrina. Para a autora, “*il tenore letterale di tale disposizione non è quello di una imposizione al titolare del monopolio normativo penale.*” Ainda, este mesmo argumento, da vagueza, teria levado, por exemplo, à não inclusão, pela doutrina, no gênero das imposições constitucionais expressas de criminalização, do art. 68-1, da Constituição francesa de 1958, muito similar à norma ora em tela. Observe-se, art. 68-1: “*Os membros do Governo são criminalmente responsáveis pelos atos praticados no exercício das suas funções e qualificados como crimes ou contravenções no momento da sua prática.*” Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 136. Para Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES, e sem maiores questionamentos, a norma não releva como imposição constitucional expressa de criminalização. Faltam-lhe os elementos da “inequívocidade e delimitação exigíveis para a caracterização dos mandados de criminalização.” Cf. *Mandados... op. cit.*, p. 144, nota 87.

³⁸ No art. 118.º - Responsabilidade dos membros do Governo -, dispunha-se: 1. “*Os membros do Governo são responsáveis civil e criminalmente pelos actos que praticarem ou legalizarem*”; 2. “*A Assembleia Legislativa definirá, por lei, quais os crimes de responsabilidade dos membros do Governo e quais as sanções aplicáveis aos seus autores.*” Proposta mais severa e detalhada, entretanto, era a do Projeto do Partido Popular Democrático, de 07 de julho de 1975. Continua, no art. 128: 1. “*São crimes de responsabilidade e na forma tipificada na lei: 1.º A traição; 2.º A peita, suborno, peculato ou concussão; 3.º As violações dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos reconhecidos pela Constituição; 4.º Os actos que importem dissipação dos dinheiros e bens públicos. 2. A condenação por qualquer destes crimes importa a perda do cargo. 3. O disposto nos dois números anteriores aplica-se aos titulares de quaisquer funções políticas ou públicas.*” Os Projetos estão disponíveis em: <https://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituinte/mapa.html>. Acesso em 17 de outubro de 2020.

³⁹ Sobre o contexto da promulgação da lei dos crimes dos titulares de cargos políticos, cf. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo... op. cit.*, p. 203, nota 5.

⁴⁰ Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo... op. cit.*, p. 202 (nota 4), 208ss.

⁴¹ Repare-se a importância da criminalidade elencada pela Lei dos Crimes de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos: traição à pátria (art. 7.º); atentado contra a Constituição da República (art. 8.º); atentado contra o Estado de direito (art. 9.º).

particular, no fundo, de uma proteção ao próprio Estado - permite afirmar, sem dúvidas, estar-se perante imposição constitucional expressa de criminalização.

(ii) Art. 37, n.º 3

Outra norma portuguesa - que flerta com a categoria de imposição constitucional expressa de criminalização - é a do art. 37, n.º 3, da CRP. Na Parte I, dos Direitos e Deveres Fundamentais, no Título II, dos Direitos, Liberdades e Garantias, o art. 37, ao referir-se à liberdade de expressão e informação, disciplina, em seu n.º 3, que:

Art. 37, n.º 3: *“As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.”*

E diz-se que a norma somente flerta com o tema, pois como se percebe, há uma indicação expressa de subordinação do conteúdo previsto aos princípios gerais de direito criminal *ou* do ilícito de mera ordenação social.⁴² Há de fato, uma imposição protetiva, a

⁴² Sua teleologia primária era mais condizente com o tema ora analisado. Sua origem é encontrada no Projeto Partido Popular Democrático, de 07 de julho de 1975, no art. 21, n.º 3: *“As infracções decorrentes do exercício deste direito são apenas as previstas na lei penal geral.”* Veja-se que a primeira versão da norma, apesar de não especificar condutas, cingia a atividade legislativa de maneira mais fortemente atrelada ao plano criminal. Todas aquelas infrações deveriam estar, portanto, sob o crivo exclusivamente penal, isto é, outra forma protetiva seria expressamente vedada. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituinte/mapa.html>. Acesso em 17 de outubro de 2020. Com a promulgação do texto, em 1976, continha redação mais amena quando comparada àquela anunciada em sede pré-Constituição: 3. *“As infracções cometidas no exercício destes direitos ficarão submetidas ao regime de punição da lei geral, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais”*. Permaneceu assim até 1982, quando foi alterada pelo art. 29, da Lei Constitucional n.º 1/82, e passou a dispor: 3. *“As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais.”* A partir de 1997, pelo art. 20, da Lei Constitucional n.º 1/97, adquire a atual redação. O que se percebe é que, em verdade, houve uma guinada constitucional - no sentido de “desqualificar” a norma de imposição de criminalização para imposição de proteção de largo espectro - quando, sobretudo pela reforma de 1997, incluiu-se-lhe expressamente o direito penal como mera faculdade protetiva, e não imposição. Esta ideia é confirmada pelo Acórdão n.º 224/2010, do Tribunal Constitucional português (TC). Neste, percebe-se que a evolução ampliativo-protetiva pela qual passou a norma constitucional - crescendo-se-lhe a viabilidade dos meios protetivos extrapenais - é resultado da criação e da expansão do ilícito contra-ordenacional, além de ter sido influenciada pela interpretação que vinha já fazendo o TC daquela norma. O exemplo jurisprudencial é colocado por Maria João ANTUNES. Cf. “Novos desafios da jurisdição constitucional em matéria penal.” *In: Direito penal e política criminal*. (Org.) Fábio Roberto D’Avila, Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, p. 64, em especial notas 6 e 7.

qual não se resume, todavia, ao direito penal. Talvez seja possível que se lhe compreenda como uma indicação penal, ou mesmo uma “vinculação implícita”⁴³ neste rumo.

1.2.4 Espanha

(i) Art. 45, n.º 3

No contexto espanhol, a matéria já não se apresenta de forma tão excepcional. Em verdade, da Constituição Espanhola (CE), de 1978, apontam-se três imposições expressas de criminalização. À partida, no Capítulo Terceiro, dos Princípios Retores da Política Social e Económica, o art. 45 - após referir, no n.º 1, que todos tem o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo - dispõe:

Art. 45. n.º 2 e 3: *“Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade colectiva.”* 3. *“Para quem violar o disposto no número anterior, 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.”*

⁴³ Para José de Faria COSTA, não seria caso de imposição constitucional expressa de criminalização, ainda que espécie de vinculação do legislador ordinário. Seria exemplo das vinculações “não imediatamente inteligíveis”, ou mesmo “ocultas”. Neste ponto, particularmente, o constituinte teria lançado uma “vinculação implícita negativa”, isto é, as infrações referidas - resultado do abuso do exercício daqueles direitos - não podem, inevitavelmente, deixar de ser punidas, ou pelo direito criminal, ou pelo direito de mera ordenação social. Entretanto, poder-se-ia dizer que, pela própria razoabilidade, algumas condutas deverão, invariavelmente, ser crimes. Manifesta-se, aqui, uma “quase evidencia” no sentido de que, nos casos violadores de direitos constitucionais de igual monta, o exercício da informação e liberdade de expressão integraria ilícito típico a ser definido pelo legislador penal. É dizer, nestes casos, a norma penal teria cunho ético fundamentado. Daqui, sem embargo, poder-se-ia, inclusive, cogitar, implicitamente, a vedação à completa descriminalização das infrações neste setor. Ou seja, algumas infrações, as mais graves, deverão ser, invariavelmente, penalmente sancionadas, em respeito à necessidade protetiva razoavelmente exigida pelos bens em causa. Cf. *O perigo... op. cit.*, p. 209ss; cf. *Noções... op. cit.*, p. 117ss. Também na linha de “desqualificar” a norma da categoria de imposição constitucional expressa de criminalização, Caterina PAONESSA afirma que *“La disposizione di cui si tratta, infatti, si limita a porre una mera indicazione di tutela, che non necessariamente richiede la predisposizione di strumenti di reazione penale per le violazioni ivi indicate”* Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 136.

Ao que parece, e em que pesem as transformações genéticas⁴⁴, o constituinte procurou exaltar a proteção penal a bem jurídico até então destoante no quadro das imposições expressas de criminalização, o meio ambiente. Trata-se, em verdade, de norma emblemática incumbida a legitimar a intervenção penal naquele domínio. Isto é, um mecanismo apto a ressaltar a dignidade penal do bem jurídico meio ambiente como fiel “expressão do relevo de novos valores”⁴⁵. Nesta linha, a menção ao direito penal é, neste particular, utilizada para vedar-se a possibilidade de ulterior debate sobre a importância protetivo-penal naquele setor, no qual não havia consenso social claro no tocante à importância penal do bem e, muito menos, em relação à necessidade de proteção criminal.⁴⁶ Encontra-se, assim, um forte “valor simbólico político”⁴⁷ assumido pela Constituição ao realçar – via imposição de criminalização – bens emergentes.

Não em atenção ao passado, mas agora a vocacionar o futuro, a CE optou por declarar a proteção penal do meio ambiente em atenção ao “*espíritu de nuestro tiempo*”⁴⁸. É dizer, “São bens específicos que refletem a nova ou acrescida importância dos bens e previsão de que *no futuro* poderão ser objecto de *agressões* sempre mais graves e frequentes: e é precisamente o possível intensificar destes fenômenos que torna o bem *cada vez mais precioso* aos olhos da colectividade e do legislador constituinte, impondo o recurso à *pena* como instrumento *irrenunciável* de prevenção e repressão”⁴⁹. Trata-se, enfim, de imposição constitucional expressa de criminalização como “*reflejo de la actual tendencia mundial,*

⁴⁴ A norma é oriunda de ulterior desenvolvimento do art. 38, n.º 3, do *Anteproyecto* da CE, de 5 de janeiro de 1978, no qual figurava em singularidade o arsenal penal: Art. 38, n.º 3: “*Para los atentados más graves contra el paisaje protegido y el medio ambiente se establecerán por ley sanciones penales y la obligación de reparar el daño producido*”. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF>. Acesso em 13 de maio de 2020. Mais tarde, seria a *Comisión Constitucional del Senado* a responsável pela introdução das mudanças mais relevantes que passaram a constar na redação do texto promulgado, como o é a referência às sanções administrativas. Cf. ELOLA-OLASO, Fernando Galindo; RIPOLLÉS, Alejandro Rastrollo. *Sinopsis artículo 45*. Disponível em: <<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=45&tipo=2>>. Acesso em 13 de abril de 2020.

⁴⁵ Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 314.

⁴⁶ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 109ss.

⁴⁷ Cf. YARZA, Fernando Simón. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012, p. 96.

⁴⁸ Cf. TIEDMANN, Klaus. “Constitucion y derecho penal.” *In: Revista española de Derecho Constitucional*. Año 11. Núm. 33. 1991, p. 146.

⁴⁹ Cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Constituição...” *In: Revista... op. cit.*, p. 174.

cada vez más frecuente, de dar respuesta a los atentados contra el medio ambiente y, específica y particularmente, respuesta penal”⁵⁰.

Portanto - ao que aparenta e ainda que a norma faça expressa menção aos meios extrapenais -, o legislador penal está, em atenção ao mandamento constitucional, imperativamente vinculado na previsão do arsenal penal aos mais graves casos. De fato, a norma deve ser compreendida como *"un mandacto directo, en el sentido de encomienda específica dirigida al legislador de modo imperativo (...)"*⁵¹. Noutros termos, a norma *"exime de razonamientos político criminales en favor de tal protección. (...) Se parte pues de la necesidad de proteger penalmente el medio ambiente, sin perjuicio de hacer más adelante precisiones también político criminales, pero que no cuestionan directamente tal necesidad"*⁵².

Quanto à previsão paralela da proteção administrativa, caberá ao legislador somente oferecer a tutela penal em último caso, às agressões mais repugnantes, em atenção à subsidiariedade penal. *"La tarea del legislador es precisamente fijar esas circunstancias y esos criterios que coordinen las necesidades de utilización y las exigencias de protección del ambiente. Y el instrumento básico para ello son las normas administrativas. Una compleja red de disposiciones administrativas forma así la base sobre la que se articulan las reglas de juego de la utilización del ambiente"*⁵³.

Em verdade, a elasticidade da disposição faculta o uso penal - de acordo com a subsidiariedade e a linha político-criminal adotada - sempre em paralelo à utilização do direito administrativo sancionador. Assim, confere-se ao meio ambiente uma *"protezione globale"*, na qual legisladores penal e administrativo deverão coordenar suas ações a fim de oferecer uma devida e suficiente tutela.⁵⁴ Sublinhe-se: a proteção ambiental que não parta

⁵⁰ Para José Muñoz LORENTE, a imposição consubstanciada pela norma é corolário das características que a CE, de maneira sistemática, confere àquele bem jurídico meio ambiente. Além de configurá-lo como princípio reitor, também o fortifica como dever geral dirigido ao Estado e aos cidadãos, todos sob a ameaça de sanções penais ou administrativas. Nesta linha, tanto o dever genérico de conformação, como as consequências de um seu eventual descumprimento, estão a cargo da regulamentação legislativa, à qual incumbe a especificação das situações concretas e das sanções aplicáveis. Cf. "Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional." *In: Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Vol. LIV. 2001, p. 71ss.

⁵¹ Cf. MENUDO, Francisco López. "El derecho a la protección del medio ambiente." *In Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 10, 1991, p. 187.

⁵² Cf. RAMOS, Luis Rodríguez. "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España." *In: Estudios penales y criminológicos*. N.º 5, 1980, p. 293, nota 8.

⁵³ Cf. GUITIÁN, Luis Gonzáles. "Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente." *In Estudios Penales y Criminológicos*. vol. XIV. 1991, p. 116.

⁵⁴ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p 139.

da índole administrativa é tanto inviável, como, mormente, ineficaz. Cabe ao direito penal - mesmo neste caso de imposição expressa - papel secundário e auxiliar - um apoio ao fortalecimento do intervencionismo protetivo primário administrativo.

No plano legal, um primeiro cumprimento aconteceu – segundo a doutrina, de forma cabalmente insuficiente perante os ditames constitucionais⁵⁵ -, pelo “delito ecológico”, art. 347 *bis*, do Código Penal espanhol, incluído pela *Ley Orgánica* 8/1983, de 25 de junho, de *Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*.⁵⁶ Um extenso cumprimento foi dado à norma constitucional somente pela *Ley Orgánica* 10/1995, de 23 de novembro, portanto quase vinte anos após a promulgação da CE. Deu-se, sobretudo pelos *delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente* (artigo 325 e seguintes, do Código Penal espanhol)⁵⁷ e pelos delitos relativos a *la protección de la flora, fauna y animales domésticos*. (artigo 332 e seguintes, do mesmo diploma).⁵⁸

⁵⁵ Cf. LORENTE, José. “Análisis...” *In Anuario... op. cit.*, p. 78ss.

⁵⁶ No contexto da vigência deste artigo, a questão do direito penal subsidiário na proteção ambiental foi amplamente trabalhada por Luis Gonzáles GUITÁN. À época, plantavam-se dúvidas no sentido de saber se o dispositivo, na verdade, não seria somente uma forma, pela lei penal em branco, de apenas respaldar o cumprimento do ordenamento administrativo. Assim, não trataria de direito penal autônomo protetor de bens jurídicos. O autor, que parte destas críticas e defende a atuação penal em acessoriedade ao direito administrativo – com os devidos limites - exalta a necessidade de coordenação em ambos os setores, penal e extrapenal, todavia com a ressalva de que o direito penal deve partir do ordenamento administrativo como referência, sempre em caráter auxiliar e complementar em relação aos critérios extrapenais. Quanto ao dispositivo, sublinha a dificuldade em concretizar seus preceitos e, por consequência, de precisar os limites da acessoriedade administrativa. Tratar-se-ia, na verdade, de um “*mare magnum de muy difícil navegación*”, inegavelmente um dispositivo apto a diversos erros de aplicação e que colocava em dúvida a legitimidade da atuação penal. Cf. “Sobre la...” *In Estudios... op. cit.*, p. 113ss.

⁵⁷ Susana Huerta TOCILDO, em específica análise do artigo que encabeça o título da proteção ao meio ambiente (art. 325, do Código Penal espanhol), salienta que, na prática, seria comum o ato de elevar ao patamar do crime quase qualquer infração normativa de cariz administrativo. Para a autora, respaldada em análise jurisprudencial, mencionada norma penal, em abuso ao uso de leis penais em branco, seria afronta ao direito fundamental à legalidade criminal, assim como aos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade. Isto porque, em realidade, o que sanciona o direito penal ambiental, aqui, não seriam propriamente bens jurídicos, mas a inobservância de normas organizativas de cariz extrapenal. Tratar-se-ia, na verdade, de direito penal de proteção de “Bien jurídico evanescente”. Em síntese, norma que não justifica as amplas restrições a direitos fundamentais decorrentes da pena e que, doutro lado, marca um caráter simbólico e propagandista do direito penal. Veja-se que, no fundo, referido artigo “substituiu” o revogado art. 347 *bis*, previamente destacado, sem que se solvessem os problemas. Cf. “Principios básicos del Derecho Penal y art. 325 del Código Penal.” *In Revista Penal*. n.º 8. 2001, p. 39ss. O mesmo dispositivo também fora fortemente criticado por Francesco PALAZZO, para quem tipos penais centrados em figuras sintéticas - que possibilitem que a ele subsumam-se diversos fatos - são elementos de extraordinária incerteza que impõem ao intérprete penal uma quase impossível precisão conceitual. Ademais, a eleição de uma técnica de tutela integralmente penal e direta, que seja alheia à mediação administrativa, é, além de pouco plausível, deveras ineficaz. Cf. “Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia.” *In: Revista Penal*. n.º 4. 1999, p. 74ss.

⁵⁸ Neste específico ponto, cumpre notar a análise de José Muñoz LORENTE, quem vislumbra claro excesso por parte do legislador no cumprimento da norma constitucional impositiva. Para o autor, muitos casos são excessos resultantes da inobservância a princípios clássicos, como o da subsidiariedade, o da ofensividade e o

(ii) Art. 46

Logo em seguida, a CE traz, em seu artigo 46:

Art. 46. “*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.*”

Novamente, destaca-se o ineditismo do bem jurídico enunciado pela imposição constitucional expressa de criminalização. Trata-se do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos de Espanha, mais um lampejo constituinte.⁵⁹ Norma recheada de vocação pedagógica, sobressalta a importância dos bens e afasta dúvidas que poderiam eventualmente surgir sobre a correspondente dignidade penal. A última parte do texto normativo, por seu turno, é transparente na vinculação criminalizante. Isto é, não seria mera advertência. A norma em tela expressa, portanto, tanto o *se*, como o *quanto* e o *como* de tutela.⁶⁰

Todavia, malgrado a inexistência de expressa menção ao direito administrativo, dele não se deve prescindir. Como indica a doutrina, a proteção penal não pode ser identificada *prima facie*, ou seja, não é permitida uma interpretação do art. 46 no sentido de que todos os atentados àquele patrimônio devam ser sancionados pela lei penal, excluindo-se, em todo caso, a sanção extrapenal. Em sintonia com o art. 45, n.º 3, o art. 46 confere ampla margem discricionária ao legislador. Veja-se a peculiaridade. Pelo fato de adjetivadas como inovações e por não indicarem especificamente as condutas, ambas agem primordialmente com o fito de afastar dúvidas sobre a dignidade penal do bem elencado, não

da própria proporcionalidade. Em alguns casos, ainda, nem sequer haveria bem jurídico a proteger – ou, se se queira – haveria um bem jurídico “fictício”. Muitos, para o autor, são tipos legais que flertam com a desproporcionalidade e, em consequência, com a inconstitucionalidade. É dizer, marcam um direito penal de função simbólica. Quanto às condutas, são, na verdade, “*meros delitos formales de desobediencia a normas administrativas, sem que haja conteúdo de injusto material.*” Cf. “Análisis...” In *Anuario... op. cit.*, p, 81ss.

⁵⁹ A norma é identificada, com poucas alterações, ainda no *Anteproyecto* de Constituição, no art. 39. “*Los poderes públicos salvaguardan la conservación y promueven el enriquecimiento del legado histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran sitos en su territorio, cualquiera que sea su regimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.*” Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF>. Acesso em 27 de junho de 2020.

⁶⁰ Cf. RUS. Juan José Gonzáles. “Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico.” In *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XLVIII. Fascículo I, 1995, 35ss.

muito dizendo sobre a necessidade de pena nos casos concretos. Deixam, portanto, este último critério a cargo do legislador, o qual, no cumprimento das imposições, deverá proceder à tipificação penal restrita às condutas mais graves aos elementos mais importantes relativos àqueles bens.⁶¹

Seu cumprimento é depreendido, fundamentalmente, dos artigos 321 a 324, do Código Penal espanhol. Outro exemplo é o art. 235, I, § 1.º, que pune o crime de furto mais gravemente se se subtraem objetos de valor artístico, histórico, cultural ou científico. Ainda, projeta-se como, por exemplo, circunstância agravante do delito de apropriação indébita, (art. 254, I, do Código Penal espanhol). Por fim, repercute na *Ley Orgánica* 12/1995, Repressão ao Contrabando, atualizada pela *Ley Orgánica* 6/2011, art. 2. 2, a).⁶²

(iii) Art. 55, n.º 2

Por fim, como último suposto exemplo de imposição constitucional expressa de criminalização no ordenamento jurídico-constitucional espanhol, no Capítulo Quinto, da Suspensão dos Direitos e Liberdade, o art. 55, n.º 2, dispõe:

Art. 55, n.º 2. *“Uma lei orgânica poderá determinar a forma e os casos em que, de forma individual e com a necessária intervenção judicial e o adequado controlo parlamentar, os direitos reconhecidos nos artigos 17, número 2, e 18, números 2 e 3, podem ser suspensos para pessoas determinadas, em relação com as investigações correspondentes à actuação de bandos armados ou elementos terroristas. A utilização injustificada ou abusiva das faculdades reconhecidas na dita lei orgânica produzirá responsabilidade penal, como violação dos direitos e liberdades reconhecidas pelas leis.”*

Para que melhor transpareça o sentido do dispositivo que, numa primeira vista pode apresentar-se confuso, é preciso que seja pormenorizado. A norma assume que, em alguns casos – excepcionais - relativos a investigações de bandos armados ou elementos terroristas,

⁶¹ Para Juan José González RUS, ainda que se esteja perante uma imposição constitucional expressa de criminalização, que resulta imperativa sobre o legislador, anulando sua discricionariedade, trata-se de questão duvidosamente compatível com o princípio da intervenção mínima e, mais especificamente, com a necessidade de tutela penal. Nessa linha, tratar-se-ia de *“inoportuna manifestación de celo protector, que no se corresponde con el silencio que guarda la Constitución en relación a bienes jurídicos de superior relevância.”* Cf. “Puntos...” *In Anuario... op. cit.*, p. 42ss.

⁶² Muitos são os exemplos de cumprimento – em maior ou menor grau – que se pode associar à norma. Opta-se pela exposição de alguns. De forma exaustiva, Cf. RUS. Juan José Gonzáles. “Puntos...” *In Anuario... op. cit.*, p., 34, nota 3.

alguns direitos fundamentais da pessoa investigada – e só para estes fins - poderão ser suspensos, sendo que, para tanto, necessária será uma lei orgânica que limite democrática e legitimamente tais direitos e garantias. O texto refere-se aos art. 17, nº2 e art. 18, nº2 e nº3, da CE, que tratam dos direitos fundamentais que poderão ser suspensos no âmbito das investigações. Respectivamente, dizem respeito ao direito à liberdade – mais especificamente à sua restrição por medidas preventivas - e aos direitos à inviolabilidade do domicílio e à inviolabilidade das comunicações.

Esta preocupação excepcional em relação à criminalidade elencada foi justificada pelo constituinte e pela doutrina como resultado de uma imensa inquietação social acerca do terrorismo e com a proteção do próprio Estado.⁶³ Portanto, ao mesmo tempo em que a Constituição regula a robusta intervenção estatal no plano das liberdades individuais, insere fortes contrapartidas às possíveis violações destes direitos. Nesta linha, aduz-se pela *“razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto al goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional”*⁶⁴.

⁶³ Em sede de *Anteproyecto*, fazia referência o art. 47, n.º 2: *“Con arreglo a la ley y por sentencia firme procederá, como pena accesoria, la privación temporal de los derechos de libertad de expresión, de enseñanza, de reunión, de asociación, de sufragio y de ejercicio de cargo público, por razones de seguridad del Estado, protección de la moral y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.”* Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF>. Acesso 13 de outubro de 2020. Observa a doutrina, que, além de confusa, sua obscuridade dava margem a interpretações autoritárias. Na verdade, a norma era completamente divergente da atual. Contemplava-se a restrição de diversos direitos de forma dificilmente compreensível e levantavam-se diversas questões outras, como relacionadas às formas de privação da liberdade de expressão e o propósito da expressão “proteção da moral.” O giro radical, sublinha, Francisco Fernandez SEGADO, deu-se na *Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso*. Trata-se de forte guinada decorrente, segundo o autor, da elaboração de Projeto de Lei, prévio à promulgação constitucional, sobre medidas relacionadas a delitos cometidos por grupos ou bandos armados. A elaboração da lei e a nova redação proposta pela Comissão surgiram, pois, quase que concomitantemente, em uníssono. A norma constitucional, portanto, fora condicionada por espécie de anterior desenvolvimento legislativo naquele sentido, pelo que se poderia concluir que aquele projeto tratou, ao fim, de um “cumprimento prévio” ao art. 55, n.º 2, CE. Tratava-se, no ponto, de *“cortar la espiral de la violencia, que no sólo impide la democracia en cuanto régimen político o técnica de gobierno, sino que también destruye por su base toda posibilidad de convivencia civilizada.”* O Projeto de Lei foi promulgado pela *Ley Orgánica 11/1980*, de 1 de dezembro, conhecida como *Ley Antiterrorista*. Todavia, ao que aqui interessa, nada dispunha em especificidade sobre a responsabilidade penal daqueles que cometessem aqueles excessos em situação excepcional, ademais de prever possibilidade de indenização. De fato, apenas replicava o ditame constitucional no art. 8.º, n.º 1. Cf. *“La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales.” In Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. n.º 35, 1983, p. 133ss.

⁶⁴ Sobre amplo arcabouço jurisprudencial, Paloma Requejo RODRÍGUEZ infere, entretanto, que era prática reiterada dos Tribunais espanhóis interpretações extensivas daqueles preceitos normativos - como a incluir os

Veja-se que, à semelhança das outras Constituições, a CE também é resultado de forte rearranjo institucional, o qual rompe com passado autoritário alheio às garantias individuais. Por exemplo, observe-se a assemelha ao que foi dito em relação ao art. 13.º, n.º 4, da CRI. Impõe-se a criminalização da conduta daquele membro do poder público que invada de maneira ilegítima a área restante de liberdade do sujeito já sob restrição - no caso italiano - e do indivíduo que se encontra investigado por fazer parte de bando armado ou elemento terrorista –, no caso espanhol. Referidas imposições atuam, por conseguinte, como flagrantes garantias a direitos fundamentais e à própria ordem democrática.⁶⁵

Entretanto, muito também destoam. No caso espanhol, na verdade, pode-se dizer que a norma não impõe a tipificação de condutas. Noutros termos, melhor categorizada seria como garantia criminal constitucional expressa ao excesso restritivo de direitos fundamentais, nestes específicos casos, ou mesmo como imposição constitucional de responsabilização penal, como se depreende da literalidade da norma. Por fim, estas indagações levaram a doutrina a crer que, neste ponto, a norma, de fato, “*no exige desarrollo normativo; tan sólo lo possibilita en relación con unas determinadas circunstancias. Además, hay que tener presente que toda ley excepcional es, por su propia naturaleza, temporal; por tanto, no debe eternizarse*”⁶⁶. Repare-se, inclusive, que os atos de terrorismo, previamente disciplinados pela *Ley Orgánica* referida, hoje, encontram-se disciplinados no Capítulo VII, do Título XXII, do Código Penal espanhol, e submetem-se ao regime penal geral.

1.2.5 Brasil

Em completa dissonância com as Cartas analisadas apresenta-se a CFRB, de 1988. “Excepcionalmente vasta” no âmbito das imposições constitucionais expressas de

crimes de rebelião e de grupos criminais – potencialmente ampliando, portanto, a margem de atuação estatal na restrição a direitos fundamentais e os possíveis destinatários da suspensão. Cf. “Artículo 55.” *In: Comentarios a la Constitución española*. Tomo I. Boletín Oficial del Estado, BOE: Tribunal Constitucional (España): Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia. 2018, p. 1521ss.

⁶⁵ Em semelhante sentido, cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 133ss.

⁶⁶ Cf. SEGADO, “La suspensión...” *In Revista... op. cit.*, p 182. Em sentido semelhante, tacitamente excluindo a norma em tela do plano das imposições constitucionais expressas de criminalização quando somente aqui inclui as normas supramencionadas dos artigos 45, n.º 3, e 46, da CE, como “*obligaciones explícitas de penalización*” cf. LORENTE, José. “Análisis...” *In Anuario... op. cit.*, p. 73.

criminalização, não prescinde em dar outra roupagem ao tema. Especifica, muitas vezes, a dosagem e o tipo da pena. Ainda, vincula o legislador não só na tipificação de diversos crimes, como exige, para alguns deles, um recrudescimento do tratamento penal.⁶⁷ Este extenso arcabouço, que fundamenta formalmente a intervenção punitiva, não deixou, inevitavelmente, de levantar – e ainda levanta – diversas questões, seja a nível doutrinário, seja a nível jurisprudencial.

(i) Art. 5.º, XLI

No Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais; no Capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no art. 5, vê-se, no inciso XLI:

Art. 5.º, XLI. “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.*”

Já de uma primeira leitura, extrai-se sua abstração. As condutas são as mais diversas, todas aquelas discriminações. O bem jurídico, também, todos os direitos e liberdades fundamentais. Assim, apesar de indicados, ambos os elementos não muito especificam. Qual a tarefa que resta ao legislador? Taxar exhaustivamente todas aquelas discriminações? Assim sendo, quais seriam elas? À partida, cumpre compreender suas nuances embrionárias. É no contexto constituinte que se percebem já as conclusões que serão anunciadas.⁶⁸

⁶⁷ Cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Constituição...” In: *Revista... op. cit.*, p. 171.

⁶⁸ As etapas do processo constituinte brasileiro que serão aqui evidenciadas são somente partes de um todo, aferidas pela importância que informam. Partem – em ordem cronológica - das sugestões propostas em sede de Subcomissões temáticas (compreendidas entre abril e junho de 1987). No âmbito da Comissão de Sistematização, serão exemplos o Anteprojeto de Constituição (26 de junho de 1987); o Projeto de Constituição (9 de julho de 1987); os Substitutivos 1 do Relator (26 de agosto de 1987), e 2 (18 de setembro de 1987). Em seguida, são evidenciados os trabalhos no plano do Plenário. Aqui terão destaque os Projetos A (início do 1.º turno, 24 de novembro de 1987); o Projeto B (fim do 1.º e início do 2.º turno, 5 de julho de 1988); O projeto C (fim do segundo turno, 15 de setembro de 1988); o Projeto D (redação final, 21 de setembro de 1988); e, por último, o texto final promulgado (5 de outubro de 1988). Quanto às emendas que serão trazidas à baila, não serão maioritariamente diferenciadas quanto ao resultado, isto é, se foram, ou não, total ou parcialmente aprovadas ou rejeitas. Buscar-se-á destacar, por outro lado, o conteúdo substancial que, primordialmente e na maior parte das emendas, informou as aspirações constituintes em cada etapa do processo. Para um quadro histórico-comparativo das normas da CRFB, com destaque às modificações graduais entre as etapas constituintes, cf. LIMA, João Alberto de Oliveira. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 63ss. Os textos referentes a cada etapa estão disponíveis em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadada/o-processo-constituente>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

A importância do tema, que veio a condensar-se, no texto promulgado, nestes moldes, é já pincelada nas sugestões dentro das Subcomissões temáticas.⁶⁹ No plano da Comissão de Sistematização, estas ideias formaram-se pelo art. 13, 1, *d*, do Anteprojeto de Constituição e pelo art. 12, 1, *d*, do Projeto de Constituição, ambos com a seguinte redação: “a lei punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, sendo formas de discriminação, entre outras, subestimar, estereotipar ou degradar grupos étnicos, raciais ou de cor ou pessoas a eles pertencentes, por palavras, imagens, ou representações, em qualquer meio de comunicação;” No Substitutivo 1 do Relator, o tema foi disciplinado com poucas alterações. Art. 6º, § 5º: “A lei punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, sendo formas de discriminação, entre outras, subestimar, estereotipar ou degradar pessoas por pertencer a grupos étnicos ou de cor, por palavras, imagens ou representações, em qualquer meio de comunicação.”

Após o Substitutivo I, ocorre forte guinada constituinte no sentido de se retirar a segunda parte da norma, “(...) sendo formas de discriminação, entre outras, subestimar, estereotipar ou degradar por pertencer a grupos étnicos ou de cor, por palavras, imagens ou representações ou qualquer meio de comunicação” -, que especifica formas de discriminação -, com o fito de conferir maior margem operativa ao legislador.⁷⁰ No

⁶⁹ São e exemplos a sugestão 04184, de autoria de Domingos Leonelli, quem sugeriu que “se assegure o princípio da isonomia e seja punida qualquer forma de discriminação.” (p.1784); e a sugestão 05156, de autoria de Cid Carvalho, que propôs “que seja punido como crime qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos.” (p. 1792). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

⁷⁰ Destacam-se a emenda 21223, autoria de Geovani Borges, que pretendia suprimir aquela segunda parte com a seguinte justificativa, “a Constituição deve estabelecer princípios fundamentais que a legislação ordinária discriminará.” (p. 1261ss); a emenda 21806, de Nelson Aguiar, para quem “Não se faz necessário, portanto, especificar as formas de discriminação e localizá-las redacionalmente, nos meios de comunicação. O Estado democrático garantirá o exercício dos direitos e liberdades fundamentais e não tolerará qualquer forma da discriminação, seja ela praticada onde e por quem quer que seja.” (p. 1269ss). Ainda no sentido de suprimir aquelas especificações, a emenda 22712, de Mozarildo Cavalcanti. Pare este, “O trecho mantido é por si só abrangente. O detalhamento contido na parte suprimida dever ser objeto de legislação ordinária ou complementar.” (p. 1295); a emenda 23391, redigida por José Elias, com a seguinte explanação, “(...) o excesso de detalhamento pode levar à exclusão de outras formas de discriminação não previstas no dispositivo.” (p. 1314); a emenda 24463, de Joaquim Francisco para quem “(...) a tipologia das formas de ação discriminatória é matéria a ser tratada em lei ordinária. Cabe à Constituição apenas estabelecer a regra geral, tal como consta da nova redação proposta.” (p. 1342ss); a emenda 24541, por Ismael Wanderley, para quem, “Quando o texto desce a detalhe de descrever as formas de discriminação comete deslizes primários. Em primeiro lugar, a tendência do *numerus clausulus* não é de boa técnica, principalmente porque corre-se o grave risco de omitir-se outras formas de discriminação existentes ou que passam a existir, em função das transformações sociais.” (p. 1345ss); a emenda: 25294, por Joaci Góes. Sua justificativa, “(...) O artigo terá,

substitutivo II, o tema reaparece da seguinte forma. Art. 5º, § 2º: “*A lei punirá, como crime inafiançável, qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.*” No Projeto A, mantém-se igual (art. 6º, § 2º). A seguir, no Projeto B (Art. 5.º XLII): “*A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.*”, ausente, pois, o caráter da inafiançabilidade.⁷¹ A partir daqui, não sofre mais alteração textual, somente topográfica: art. 5.º XLII, no Projeto B, e art. 5.º XLI, nos Projeto C, Projeto D e no texto promulgado.

A conclusão à qual se chega, pelo menos neste plano, é a de que, se a norma começou como uma espécie ampla de imposição constitucional expressa de criminalização, restou – pela declarada vontade constituinte – como princípio geral orientador da política criminal, espécie de retor geral, que, ao fim, retira-a do plano das imposições constitucionais expressas. Trata-se, em verdade, de norma genérica encarregada de externalizar especial atenção, pelo constituinte, aos direitos e liberdades fundamentais, aqui consagrados como guias do legislador penal no recém implementado Estado democrático de Direito. Para alguns, inclusive, seria forma de cunhar uma garantia penal ao princípio da igualdade.⁷²

na legislação complementar, a norma para sua aplicação esperando-se, então, do legislador, a precisão em definir os atentados às liberdades fundamentais, especialmente no campo das discriminações, sem deixar dúvidas, ou ensejar equívocos que, neste caso, acabariam por transformar o princípio no instrumento de censura.” (p. 1367). Cumpre notar, entretanto, que, neste ponto, fora rejeitada a emenda 30678, de Carlos Alberto Caó, quem não concordava com a supressão em discussão e argumentava no sentido da manutenção da norma no tocante às especificações discriminatórias, máxime as decorrentes de preceitos de raça e cor. Para ele, “Mais da metade da população brasileira é de negros ou descendentes de negros. Apesar disso, ainda impera no país, cem anos após a abolição, a discriminação ostensiva ou velada. A experiência histórica com a punição da discriminação racial, desde a chamada Lei Afonso Arinos, tem se mostrado insuficiente para a tutela da garantia constitucional de que não haverá discriminação racial. Urge tornar o crime da discriminação racial inafiançável, para evitar a impunidade de seus autores.” (p.1503). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

⁷¹ Impende sublinhar a emenda que informa esta supressão. Trata-se da emenda 25754, por Theodoro Mendes, com as seguintes razões: “Ser uma infração penal, crime ou contravenção, inafiançável, afiançável ou extra-afiançável, é questão de política criminal. Assim, depende de várias circunstâncias e do tempo em que se insere. Ao legislador ordinário cabe, pois, a definição adequada, porque mutável. Posta na Constituição a ordem, o mandamento de a infração mostrar-se sempre inafiançável, imobiliza-se a política criminal, com enorme dano para a Justiça. A parte final do dispositivo projetado surge desútil, visto como irrompe discursiva, ao só exemplificar. A Constituição não há de conter arengas, mesmo que generosas. Trata-se de texto técnico, que demanda simplicidade e precisão. É bom, de outra sorte, ter em mente que a Constituição não surge como Código Penal ou de Processo Penal.” (p. 1373ss). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

⁷² Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 143.

Estas ideias são confirmadas no plano doutrinário, ainda que maioritariamente tratada a norma na categoria de imposição constitucional expressa de criminalização. Tratar-se-ia, nesta linha, de norma constitucional caracterizada por grande “carência de pureza técnica do legislador constituinte”⁷³. Como cláusula aberta e de baixa concreção normativa, implica que seja colocada em outro patamar, num “telos valorativo privilegiado, a orientar incisivamente a atividade legislativa nesse setor”⁷⁴. Suas razões substanciais não se afastam, veja-se, daquelas depreendidas das imposições expressas de criminalização que visam a romper com o passado e a traçar um novo futuro. Não se deve esquecer que o Brasil acabava de sair de longos anos de ditadura militar, causa que bem explica a antecipação constitucional aberta e declarada no sentido de utilização do direito penal na proteção de direitos fundamentais, amplamente violados naquele período antecessor. É possível afirmar, com certa certeza, que, ao menos mediatamente, a norma visa à proteção do próprio Estado e da própria ordem democrática - consagrada após forte ruptura institucional - na medida em que exalta seus principais valores como guias retores da atividade político-criminal.

Neste particular, afigura-se-nos que, no fundo, age o dispositivo como critério orientador do legislador penal, quem deve - no seu exercício e em consonância com a realidade social empírica atrelada aos específicos momentos histórico-culturais - proceder à tipificação, a seu ver necessárias, de discriminações atentatórias àqueles direitos, à luz do princípio geral, aparando suas arestas como melhor convier naquele determinado contexto. Por fim, e por conseguinte, parece ter razão a doutrina que não enxerga, neste específico quadrante, uma imposição constitucional expressa de criminalização.⁷⁵

⁷³ Cf. FELIX, Yuri; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. *Crimes Hediondos*. 7ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

⁷⁴ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito Penal e Direitos Fundamentais: A Constituição Penal*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 74.

⁷⁵ Raquel Lima SCALCON parece excluir tácitamente a norma desta categoria quando não a inclui em lista taxativa daquelas que corresponderiam, a seu ver, a imposições constitucionais expressas de criminalização, cf. *Controle... op. cit.*, p. 78. Da mesma forma, cf. VIEIRA, Renato Stanzola. "Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial." *In Revista de Ciências Penais*. n.º 15, 2011 p. 430ss; cf. TURESSI, Flávio. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 165. Para Carlos Gustavo Coelho de ANDRADE, tratar-se-ia de caso limítrofe. Cf. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 12. Para mais, a doutrina mais recente indica que o objetivo seria concretizar, pelo aspecto repressivo, as prescrições dos artigos 3.º, IV e 5.º, *caput*, da CRFB. Assim, seria o dispositivo um desdobramento de um dos objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos, sem discriminação de qualquer espécie, além de garantia ao princípio da igualdade. Todavia, neste modelo repressor de combate à discriminação, “cuida-se, com destaque, para a ação estatal, da edição de normas que impedem e reprimem a conduta discriminatória, criminalizando-a, mas, também, impondo sanções de natureza

(ii) Art. 5.º, XLII

Logo na sequência topográfica, a CRFB enumera outra imposição constitucional expressa de criminalização. Trata-se do inciso XLII, do mesmo art. 5.º.

Art. 5.º, XLII - “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

A normativa é completamente cristalina em relação ao gênero de condutas que deve ser pelo legislador criminalizado, atos discriminatórios com base na raça ou cor. Quanto aos bens jurídicos, são depreendidos vários, todos atinentes a direitos fundamentais, como o é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Não destoam, portanto, dos valores consagrados por sua norma imediatamente anterior, o inciso XLI. Este, como princípio genérico orientador, abarca, inevitavelmente, as discriminações de cunho racista, no caso, espécie.

Esta conclusão, que atrela as subsequentes normativas, é mais bem compreendida a nível constituinte. No plano das Subcomissões temáticas, o tema ganhava já importância.⁷⁶ No Anteprojeto de Constituição (art. 12, 1, *d*), no Projeto de Constituição (art. 13, 1, *d*), e no

civil, trabalhista e administrativa.” Isto é, como de retor geral da ação estatal, e não só do legislador penal, não se poderia, no ponto, falar-se em cumprimento certo e determinado. A concretização do dispositivo, portanto, dependeria das aspirações legislativas historicamente condicionadas. Oferecem-se, todavia, exemplos de cumprimentos parciais da disposição: como pela Lei do Racismo, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989; a Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, a qual proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Ainda, a Lei 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, sobretudo no art. 96. Ainda, os artigos 4.º a 8.º, e art. 88, da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, responsável por instituir a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Portanto, pode-se dizer que este conjunto de normas, ainda que se relacionem ao inciso XLI, do art. 5.º, como eventuais cumprimentos parciais, não correspondem à totalidade das situações de discriminação. Assim, a discriminação em sentido abrangente não poderia, no plano penal, corresponder à imposição certa ao legislador. Pela abrangência que informa, caberá ao legislador, e somente a ele, proceder à progressiva concretização do preceito de acordo com o momento histórico e do contexto social. Isto é, em matéria penal, a descrição do tipo deve ser precisa e democraticamente legitimada. Nesta linha, cf. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Comentário ao artigo 5.º, XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ª edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 416ss.

⁷⁶ São exemplos a sugestão 06398, de Vivaldo Barbosa, que sugeriu a “igualdade de direitos entre os cidadãos; seja punido como crime o preconceito de sexo e de raça.” (p. 1799); a sugestão 07545, por Fernando Velasco, que destacou que “todos sejam iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, e seja punido como crime inafiançável o preconceito de raça.” (p. 1807); e a sugestão 09070, autoria de Carlos Alberto Caó, no sentido de sugerir “que a discriminação racial constitua crime inafiançável.” (p. 1815). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

Substitutivo I do Relator (art. 6.º, § 5º), as ideias foram manifestadas, como se vê, nos mesmos moldes e em conjunto aos primários dispositivos que desembocaram, ao final, no texto promulgado do inciso XLI. Como visto, na fase de emendas ao primeiro Substitutivo, o dispositivo passou por supressão. A segunda parte - “(...) *sendo formas de discriminação, entre outras, subestimar, estereotipar ou degradar por pertencer a grupos étnicos ou de cor, por palavras, imagens ou representações ou qualquer meio de comunicação*” - esvaiu-se e fora esquecida nos trâmites do Substitutivo 2 e do Projeto A.

Entretanto, este excerto reaparece – autonomamente realocado e com modificações - no art. 5.º, XLIII, do Projeto B, e não passa mais por modificações textuais, sendo disciplinado, posteriormente, pelo art. 4.º, XLII, no Projeto C; e, por fim, no art. 5.º, XLII no Projeto D e no texto final promulgado. Quanto à norma final, portanto, é oriunda daquele excerto previamente extraído do processo genético de sua norma antecessora, XLI. A intenção primeira – supressiva -, como visto, pretendia conferir margens ao legislador, retirando especificações. Entretanto, fez-se necessária a reinserção daquelas acepções, sobretudo das matérias atinentes à raça. Daquele excerto, transformou-se para: *"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei."*⁷⁷

Daqui decorre, portanto, o liame que comparte as duas normas. Em verdade, o dispositivo do inciso XLII é fruto da reinserção das especificações discriminatórias antes presentes no inciso XLI, as quais, por opção constituinte, foram excluídas justamente com o propósito de expandir o dispositivo ao caráter de guia político criminal e, por consequência, conferir maior amplitude discricionária ao legislador penal. Assim, se o inciso XLI age como guia político criminal, o inciso XLII é, de fato, imposição constitucional expressa de criminalização. É cristalino neste sentido. Suas razões, como se vê no processo genético, não se desprendem de peculiaridades socioculturais bem delimitadas e contextualizadas. Reapareceu exatamente nesta linha, a expressar, nomeadamente, a preocupação constituinte com a discriminação em razão de raça ou cor. Sublinhe-se, outrossim, que, além da tipificação requerida, o dispositivo oferece a imperatividade do recaimento de um tratamento mais gravoso conferido pela inafiançabilidade, pela imprescritibilidade e pela especificação da pena em causa, de reclusão.

⁷⁷ Tal reviravolta é informada, sobretudo, pela previamente destacada emenda 30678, pelo constituinte Carlos Alberto Caó, contra a supressão do excerto que fazia parte, em princípio, do inciso XLI (ver nota 70).

Ocorre que, de fato, o cumprimento do dispositivo no cenário jurídico foi operado de maneira até certo ponto caótica. Anteriormente, o assunto era disciplinado como contravenção penal e tratado pela Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951), tida como a primeira lei a tornar infração penal a prática de racismo. Seu objetivo era, basicamente, sancionar as condutas daqueles que obstassem o acesso de pessoas, por exemplo, a determinados estabelecimentos, em função de preconceito de raça ou de cor. Com o advento da CRFB, a legislação que, especificamente, deu cumprimento ao tema imposto pela norma do inciso XLII refere-se à Lei 7.716/89.⁷⁸ Repare-se, todavia, que a lei não prevê qualquer tipo incriminador com *nomen juris* “racismo”, flagrante paradoxo.⁷⁹

À Lei nº 7.716/89 coube, num primeiro momento, a tarefa de disciplinar os crimes resultantes da discriminação por raça ou por cor, em sintonia com a literalidade da norma e com as aspirações constituintes. Com advento da Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, entretanto, sofreu importantes modificações. Além da discriminação em razão de raça ou de cor, o legislador incluiu, no mesmo diploma, outras formas de discriminação que não se adequam à teleologia primária da norma, nem, portanto, ao conceito original de racismo previsto na Constituição. Inseridas foram as discriminações em razão de etnia, religião e procedência nacional que, ao lado da raça e da cor, passaram a constar como discriminações “racistas”. Da lei poder-se-ia retirar, portanto, o entendimento de que não mais seria exclusivamente referente ao cumprimento específico do inciso XLII, mas sim uma lei abrangente, antidiscriminação – por opção legislativa -, cujo denominador comum, subjetivo e implícito, seria a própria vontade de discriminar, diferenciar o outro, inferiorizando-o em decorrência de algum daqueles elementos, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Inevitavelmente, a artimanha não deixou de levantar questões.⁸⁰

⁷⁸ Cf. MUNIZ, Ronaldo Pereira. “Crimes decorrentes de preconceito - Lei n.º 8.716/89. Análise dos princípios e dos mandados de criminalização.” *In Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente-SP*. v. 12. 2007. 260ss.

⁷⁹ Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. “Desafios aos princípios da legalidade e da culpabilidade diante das alterações jurisprudenciais no direito penal” *In: Direito penal e política criminal*. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2015, p. 253.

⁸⁰ Neste ponto, cabe breve análise de caso responsável por amplo debate neste particular. O caso *Ellwanger – Habeas Corpus (HC)* n.º 82.424 – versou sobre o inciso XLII, do art. 5.º, CRFB e, mais especificamente, sobre o critério da imprescritibilidade que o acompanha. Trata-se de *HC* impetrado por *Siegfried Ellwanger*, com decisão pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 17 de setembro de 2003. O paciente foi absolvido em primeiro grau e posteriormente condenado a dois anos de reclusão - com *sursis*, pelo prazo de quatro anos - pela prática do art. 20, da Lei 7.716/89, por ter distribuído e comercializado obras antissemitas e discriminatórias de sua e outras autorias. Em sede de *HC*, o paciente não buscava absolvição, mas a prescrição. Sustentava que, embora condenado pelo crime do art. 20, da Lei 7.716/89 - com redação conferida pela Lei 8.081/90 – sua conduta não era racista e, portanto, seria prescritível. A discriminação à qual tinha procedido

referia-se aos judeus. O delito, nessa linha, não teria cunho racial, já que, para este argumento, os judeus não seriam uma raça, mas um povo. Assim, se a Constituição apenas previa a imprescritibilidade para o “racismo”, essa não poderia ser aplicada neste caso. Pediu a defesa, ao final, que fosse suspensa averbação de imprescritibilidade a reconhecer-se ocorrência de extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, a qual já seria aplicável naquele momento. Isto é, restava saber se a imprescritibilidade, reconhecida pela Constituição ao “racismo”, estendia-se às outras formas de discriminação incorporadas pelo legislador pela Lei nº 9.459/97. A manifestação do Procurador Geral da República (PGR) caminhou no sentido de que a norma constitucional, inciso XLII, do art. 5.º, da CRFB, teria transferido textualmente - pelo excerto "nos termos da lei" - à legislação ordinária a definição do crime de prática de racismo. Nessa linha, por ter tido o legislador, por reforma, procedido ao incremento de outras causas, como a religião, a etnia e a procedência nacional, o texto constitucional teria sido interpretado sem extravasamentos pela jurisdição que condenou ao reconhecer imprescritibilidade àquele concreto caso. É dizer, para o PGR, a imprescritibilidade estendia-se às outras formas de discriminação, restando-lhe requerer o indeferimento do pedido. Em voto do Ministro Moreira Alves, relator original do caso, salientou-se que caberia à Corte, primordialmente, determinar o alcance da expressão "racismo", no quadro constitucional, e, por consequência, a extensão do fator imprescritibilidade, que o acompanha. O Ministro argumentou que a expressão "nos termos da lei" não delegava ao legislador completa discricionariedade. Não poderia a norma constitucional abarcar, pois, toda forma de discriminação sem distinção, porquanto, por mais amplo que fosse o conceito constitucional de racismo, não poderia abranger, por exemplo, a discriminação em razão de idade ou sexo. Noutras termos, o conceito deveria ser “interpretado estritamente.” O Ministro, ainda, salientou que o elemento histórico - veja-se, o condicionalismo histórico delimitado que informa a imposição constitucional expressa de criminalização do inciso XLII - converge na proteção mais específica da raça negra. Expõe, nessa linha, a emenda do constituinte Carlos Alberto Caó, com exemplos de trechos proferidos na linha da exaltação protetiva à raça negra como justificção da norma. Em conclusão, e em linha restritiva, o Ministro entendeu que, na verdade, os judeus não seriam uma raça. Por consequência, o ato discriminatório que praticara o paciente não seria delito de racismo e, portanto, seria delito prescritível. Entretanto, pediu vista o Ministro Maurício Correa para que fosse mais bem analisada a questão de se saber se o termo “racismo” ultrapassaria uma definição estritamente biológica. Em seu voto, aduz que o conceito a ser adotado deveria ser o de cunho social, e não científico ou biológico. Noutras palavras, o autor do *HC* teria, de fato, cometido ato racista e, por consequência, crime imprescritível. O Ministro Gilmar Mendes fundamentou seu voto pelo indeferimento do pedido com base na proporcionalidade. Para ele, as circunstâncias do caso atendiam aos três subcritérios que aquela informa. A condenação do paciente seria adequada, por exemplo, em atenção à dignidade humana e à própria norma do inciso XLII. Seria necessária, pois em relação à gravidade das condutas, estar-se-ia perante a ausência de outros meios menos gravosos e igualmente eficazes. Por fim, atenderia a condenação à proporcionalidade em sentido estrito, conquanto haveria proporcionalidade entre a preservação da sociedade pluralista e da dignidade humana em detrimento ao ônus imposto à liberdade de expressão. A proporcionalidade, para o Ministro, restou, naquele caso, violada; o crime deveria ser imprescritível. O Ministro Nelson Jobim destacou que a discriminação do povo judeu constituiria crime imprescritível pelo fato de que a norma constitucional não se limitava apenas à discriminação com base na raça ou na cor, como poderia num primeiro momento parecer. Para o Ministro, a raça negra, neste caso, fora tomada somente como exemplo nas justificações constituintes. O ministro Carlos Britto, por seu turno, votou no sentido de conceder o *HC* por falta de tipicidade da conduta. Por questão de ordem, afirmou que não se fez prova, em nenhuma instância, de que o delito se materializou no lapso de vigência do dispositivo legal que fora invocado pela denúncia como tipificador da conduta do réu. Isto é, as condutas teriam ocorrido, nesta linha, antes da promulgação da Lei 8.081/90, que acresceu redação ao art. 20, da Lei 7.716/89, no que toca aos meios de comunicação, instrumento atrelado ao caso em comento. A norma, assim, seria inaplicável. O Ministro Marco Aurélio manifestou-se na linha de que a postura democraticamente adequada perante à Constituição obriga, por força os princípios constitucionais, que os direitos fundamentais sejam observados de maneira abrangente. Assim, estes direitos só poderiam compreender restrições de forma excepcional, cabendo ao Tribunal ampliar a proteção destes direitos pela construção jurisprudencial que restringe a interpretação, à quase literalidade, de hipóteses de limitação aos direitos fundamentais expressamente previstas pela Carta. Isto é, quando a Carta impõe restrições aos direitos fundamentais através de norma expressa, esta deve ser interpretada sempre pela via restritiva, ou, se se quer, literal. Nesta linha, argumentou que fora intenção do constituinte a proteção estrita da raça negra. O racismo, neste sentido estrito, condicionante da norma, seria espécie desenhada pelo constituinte em atenção ao contexto histórico-cultural que lhe conferia importância tal, ao ponto de ter-lhe acompanhado a imprescritibilidade. Ao fim, não deixou de aduzir que uma interpretação extensiva da norma seria, além de solapar o significado constitucional, deixar portas abertas ao legislador ordinário. O STF, por

(iii) Art. 5.º, XLIII

Seguindo o critério topográfico, o art. 5.º enumera, a seguir, no inciso XLIII:

Art. 5.º, XLIII: “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;

Talvez seja essa a imposição constitucional expressa de criminalização mais problemática do ordenamento jurídico brasileiro, seja por sua excepcional extensão, seja por sua imensa complexidade. De pronto, é intenção da norma que se retirem como crimes a serem necessariamente tipificados pelo legislador ordinário: a tortura, o tráfico drogas, o terrorismo e todos os crimes hediondos, assim pelo legislador definidos. Outrossim, observa-se a imperatividade de um tratamento mais rigoroso explicitado pelas peculiaridades da inafiançabilidade e insusceptibilidade de oferecimento de graça ou anistia.

Os bens jurídicos destinados à proteção penal – numa análise em conjunto da criminalidade elencada – referem-se, de fato, a bens de extrema importância. Tratando a norma da criminalidade grave, inevitavelmente refere-se aos bens mais valiosos, em relação de proporcionalidade. Alinha-se o dispositivo, pode-se dizer, à proteção de direitos fundamentais e à proteção da própria ordem democrática, já que, indica a doutrina, a prática reiterada destes crimes implicaria em enormes consequências e abalos sociais, além de especial lesividade à harmônica vida em sociedade.⁸¹

maioria, não viu condições de deferimento do HC. Vencidos restaram os Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio - que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito – e o Ministro Carlos Britto, por questão de ordem baseada na falta de tipicidade de conduta. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n.º 82.424. Relator: Min. Moreira Alves, Redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa. Pleno. Brasília, decisão de 17/09/2003. Diário da Justiça da União, 19 de março de 2004.* Para um tratamento na doutrina, cf. ANDRADE. Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 84ss. Em síntese, duas são as conclusões que se retiram da breve síntese: (i) o Tribunal validou a opção legislativa de interpretar extensivamente o conceito constitucional de “racismo” – portanto extrapolando a teleologia da imposição expressa - para além de raça e cor ao adicionar outras formas de discriminação à lei que dá cumprimento ao inciso XLII, art. 5.º, CRFB; (ii) Ao proceder desta maneira, validou, por consequência, um aumento do tratamento punitivo na medida em que, inevitavelmente, aos novos tipos de discriminação – que também passam a ser “racistas” - poderia recair o critério da imprescritibilidade. Destacados foram somente fragmentos dos votos principalmente responsáveis por informar a decisão. Note-se que, mais recentemente, a doutrina não deixa de caminhar na mesma linha do STF. Para Luciano FELDENS, o racismo não mais pode ser justificado por fundamentos biológicos, mas como fenômeno social de base discriminatória. Assim, na verdade, seria este o elemento no cerne material da norma do inciso XLII, e não estritamente a “raça”. Cf. “Comentário ao artigo 5.º, XLII”. In: *Comentários... op. cit.*, p. 420.

⁸¹ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 145. Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 215ss.

Com efeito, a preocupação com esta temática era já anunciada nas sugestões às Subcomissões temáticas.⁸² É verdade, a preocupação primária do constituinte referia-se, mais especificamente, à tortura. Aos moldes italianos do art. 13, n.º 4, CRI, a intenção constituinte reflete o contexto brasileiro, o qual saía de um regime autoritário, no qual a prática da tortura e os arbítrios pela polícia foram amplamente difundidos. Estes receios formaram, respectivamente, os art. 13, 1, *i*), e 12, 1, *i*), do Anteprojeto e Projeto de Constituição com a seguinte redação: *“a mais grave ofensa à vida, à existência digna e à integridade física e mental é a tortura, crime de lesa-humanidade a qualquer título, insuscetível de fiança, prescrição e anistia, respondendo por ele os mandantes, os executores, os que, podendo evitá-lo, se omitirem, e os que, tomando conhecimento dele, não o comunicarem na forma da lei.”*⁸³

⁸² São exemplos: sugestão 00469, de Jamil Haddad, “Sugere que a tortura seja considerada crime comum, inafiançável, insuscetível de graça ou anistia.” (p. 1761); a sugestão 00642, autoria de Osmir Lima, no sentido de “disposições sobre a imprescritibilidade dos crimes de tortura.” (p. 1763); a sugestão 00783, autor Chagas Duarte, sugeria “que nenhum preso seja submetido a violência física, psicológica ou moral, de qualquer natureza, estipulando, também, que qualquer forma de tortura constitui crime imprescritível.” (p. 1764); a sugestão 01531, por Haroldo Lima, sobre normas que “disponham sobre a tortura como crime contra a humanidade, inafiançável, imprescritível e não passível de anistia.” (p. 1769); a sugestão 04711, por Paulo Macarini, no sentido de “que a tortura seja considerada crime, e que ao torturado seja assegurada assistência médico-hospitalar e pensão vitalícia, na forma que estabelece.” (p. 1788); a sugestão 05725, por Sandra Cavalcanti, que “Sugere que constituam crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia ou prescrição, a tortura, a qualquer título, o sequestro e o ato de terrorismo, mesmo quando não resultem na morte da vítima.” (p. 1796); a sugestão 08344, por José Ignácio Ferreira, para que “sejam considerados imprescritíveis os crimes de tortura praticados por autoridade pública e os de tráfico de entorpecentes.” (p. 1811); e a sugestão 09084, autor Carlos Alberto Caó, que “Sugere que o crime de tortura não seja suscetível de prescrição, fiança ou anistia.” (p. 1815). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

⁸³ Observam-se propostas ao Projeto de Constituição em dois sentidos. A favor da expansão constitucional em matéria penal e, em sentido inverso, a favor de uma maior deferência, por parte da Constituição, à discricionariedade legislativa. Parte-se desta última. Note-se, entretanto, que não era a ideia deixar de prever a tortura como crime, mas sim a supressão do excesso de detalhamento a nível constitucional. No fundo, objetivava-se abrir margens ao legislador. São exemplos: a emenda 04382, por Eraldo Tinoco, “Por outro lado, há que se considerar que se constatam, no tempo social que estamos vivendo, no Brasil, e no mundo, crimes tão repulsivos e abomináveis, quanto a tortura como: sequestro com morte, o latrocínio, a indução ao uso de drogas, o genocídio, infanticídio, os atos terroristas contra a população civil, o estupro seguido de morte etc. Seria o caso de capitulá-los todos na Constituição? Quais os crimes que seriam então tipificados no Código Penal?” (p. 885); a emenda 03562, de Francisco Benjamim, para quem, “Como procedimento criminoso, a tortura deve ser proibida e previsto que a lei definirá a sanção cabível por sua prática. É no quadro da segurança pública, portanto, que há de ser objeto de condenação. Não há que a conceituar entre os direitos do cidadão. E o conceito dela é matéria de lei penal, e não da Constituição.” (p. 865); a emenda 10644, de Sadie Hauache, “A matéria pertence ao campo da legislação ordinária, mais particularmente da legislação penal. (...) Imagine um agente policial ‘esbofeteando’ um marginal para ‘arrancar-lhe’ uma confissão e consequentemente cometendo um ‘crime de lesa-humanidade a qualquer título, insuscetível de fiança, prescrição e anistia’. E se esse mesmo agente cometesse um homicídio, retirando a vida do marginal, certamente teria cometido a mais grave ofensa à vida, contando, entretanto, com, no mínimo, o benefício da prescrição. O dispositivo é irrefutavelmente ilógico.” (p. 1034). A partir deste momento, apresentam-se exemplos de propostas que, não

Nessa linha, aparece o dispositivo transformado no Substitutivo 1. Aqui, a tortura aparece disciplinada no art. 6º, § 7º: “Ninguém será submetido a tortura, a penas cruéis, ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática da tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia.” E passa por novas propostas de emendas até que se chegasse ao Substitutivo II.⁸⁴ Neste, a tortura é disciplinada em adição ao tráfico de drogas, pelo art. 5º, § 8º: “Ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante. A prática da tortura e de tráfico ilícito de drogas são crimes imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de concessão de anistia e indulto, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado.”

No Projeto A, é certa monta reduzida – retirada da primeira parte⁸⁵ e do tráfico de drogas - e passa a ter a seguinte redação: art. 6º, § 8º: “A lei considerará a prática de tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo ou denunciá-lo, se omitirem.” Mudanças fortes ocorrem para o Projeto B, que trata o tema no art. 5º, XLIV: “são crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de

obstante exaltassem a tortura, propunham, por substituição de redação acrescida, a expansão neste território marcado, mormente, pelo recrudescimento de instrumentos processuais. Veja-se a emenda 15878, de Davi Alves Silva, que sugeriu “i) constituem crimes de lesa-humanidade a tortura, o aborto, o estupro, o infanticídio e o genocídio, insuscetíveis de fiança, prescrição, indulto ou anistia, respondendo por eles os mandantes, os executantes e quantos, deles conhecendo, não o denunciem.” (p. 1149); emenda 16844, por Ottomar Pinto, “Os crimes contra a vida, de lesão corporal, de periclitacão da vida e da saúde e contra a liberdade pessoal são inafiançáveis e insuscetíveis de prescrição e anistia, se praticados mediante tortura ou ato terrorista. Seus executores, os mandantes, os que podendo evitá-los se omitirem, e os que, tomando conhecimento deles não o comunicarem, responderão na forma de lei”. (p. 1163). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

⁸⁴ Sobre as propostas ao Substitutivo I, com o fito, por exemplo, de acrescer-lhe o crime de tráfico de drogas é a emenda prevaiente 31659, por José Carlos Martinez, na linha de que “A legislação atual, num verdadeiro descalabro, admite a prisão de um indivíduo envolvido no tráfico de entorpecentes e a sua soltura ocorre quase que em ato contínuo. É preciso uma maior rigidez para coibir tais elementos que tantos males têm causado a sociedade, em especial aos jovens.” (p.1517ss); e outros crimes, como a emenda 23358, autoria de Henrique Eduardo Alves, que propôs nova redação ao § 7º, do art. 6º: “A lei considerará a tortura, o estupro, o latrocínio, o aborto e o tráfico de drogas crimes inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, proibidas as penas cruéis e o tratamento degradante.” (p. 1313); a emenda 29401, por Luiz Marques, quem também propôs nova redação ao § 7º, do art. 6º: “Não serão admissíveis os crimes de tortura e terrorismo, e ninguém será submetido a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática de tortura terrorismo crimes inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia.” (p. 1471). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

⁸⁵ Cumpre notar, outrossim, que a primeira parte do art. 6º, § 7º, do Substitutivo II, retirada do texto do Projeto A, “Ninguém será submetido a tortura, a penas cruéis, ou a tratamento desumano ou degradante. (...)”, formou, ao final, o art. 5º, III, do texto final promulgado da CRFB: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” Cf. LIMA, João. *A gênese... op. cit.*, p. 69.

entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”⁸⁶

Com efeito, a análise do processo constituinte revela, de forma sintética, que, se num primeiro momento, fora a intenção constituinte a demarcação da criminalização da tortura - em atenção ao passado -, num segundo momento, a preocupação inicial restou inflada pela presença de outros crimes que, segundo as razões constituintes, histórico-condicionadas, impunham uma denotação repressiva já a nível constitucional. Forma ou outra, fato é que os delitos diretamente aferíveis pela norma a colocam no patamar de imposição constitucional expressa de criminalização, isto é, aqueles crimes mencionados deveriam ser tipificados. Todavia, trata-se, ademais, de imposição constitucional de recrudescimento do tratamento penal. A todos aqueles específicos crimes - e àqueles outros cuja adjetivação pelo legislador ordinário dê-se pela hediondez - deverão recair os outros critérios, como a inafiançabilidade e a insusceptibilidade de graça ou anistia.

Primeiro ponto a ser destacado relata o cumprimento do dispositivo no que toca aos crimes hediondos, conceito completamente estranho, à época, à dogmática penal e também ao direito constitucional.⁸⁷ Apesar da Constituição não ter definido o conceito, impondo a tarefa ao órgão legislativo, à luz dos limites semânticos que informaram sua aprovação - interpretação genético semântica -, dever-se-ia, do termo, retirar o sentido daquilo que é

⁸⁶ São emendas que informaram o Projeto B e, conseqüentemente, a opção final por um elenco de crimes ao lado da tortura: a emenda 00034, autoria de Sadie Hauache, sobre a inclusão do terrorismo, “Se a tortura degrada o indivíduo, o terrorismo degrada a sociedade. Além disso, de acordo com o art. 49 deste projeto de Constituição, o Brasil fundamenta suas relações internacionais no ‘repúdio ao terrorismo’”. (p. 1611ss); a emenda 00065, por Roberto Balestra, no sentido de acrescentar o terrorismo e o tráfico de drogas. Sobre o terrorismo, “A sociedade não aceita o crime de terrorismo parta de onde partir, objetivo o que ele objetivar. O terrorismo ceifa vidas inocentes, vidas que a ninguém é dado o direito de tirar por mais nobre que sejam seus objetivos.” (p. 1616ss); a emenda 00655, de Carlos Alberto Caó, atinente ao terrorismo, de forma mediata, “Constitui crime inafiançável e insusceptível do benefício da anistia a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.” (p. 1636ss). Para acrescentar o tráfico de drogas, emenda 00199, Carlos Mosconi, “O extremo rigor com que o legislador constituinte deve tratar esse tipo de crime é exatamente a resposta adequada ao grande mal causado pelo tráfico de drogas, que atua mesmo como força de degeneração da própria espécie humana. O traficante é um elemento perigoso, pois é por seu intermédio que se dá a difusão do vício que degrada e despersonaliza. A sanção penal deve ser mais rigorosa para os traficantes que são a casa primeira de toda a degradação.” (p. 1618ss). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020. No Projeto C, o texto permanece quase o mesmo, veja-se o art. 4º, XLIII: “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;” A partir deste ponto, o tema permanece da mesma forma no Projeto D e no texto promulgado, sendo disciplinado pelo art. 5º, XLIII.

⁸⁷ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.* p. 76.

especialmente “grave, horrendo, repugnante”⁸⁸. O que se deu, na prática, foi a mera criação, pelo legislador, de uma lista crimes, ausente, portanto, qualquer definição criativa. Optou-se pelo critério do etiquetamento, da rotulagem.⁸⁹ Procedeu o legislador à listagem “circular e autoreferencial”, ou seja, crimes hediondos – pelo art. 1.º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, cumpridora, neste ponto, do inciso XLIII, art.º 5.º, CRFB -, são aqueles que o legislador simplesmente diz que o são.⁹⁰

Houve, na verdade, a criação, à parte, de um rol de condutas já previstas anteriormente - pelo Código Penal brasileiro ou pela legislação especial - e que foram consideradas, pelo legislador, especialmente graves. Por consequência, criou-se um microsistema, paralelo ao sistema penal geral e aberto previamente formulado pelo legislador ordinário. Isto é, ao importar os crimes do Código Penal para dentro do microcosmo dos crimes hediondos, fora-lhes conferida a qualidade de “supercrimes”. Ou seja, o legislador penal poderá estabelecer as gradações concretas quanto às diferentes punições àqueles crimes, todavia, todos eles, pertencentes ao rol constitucional, fazem parte do mesmo microsistema e, comportam, ao fim, semelhante gravidade em abstrato.⁹¹

Em mais detalhada análise, realmente, alguns crimes que constam atualmente do rol de crimes hediondos são reconduzíveis à proteção de bens jurídicos atrelados à pessoa humana, a autênticos direitos fundamentais como a vida, a integridade física e a liberdade individual ou sexual. São crimes que se relacionam, por fim, ao próprio núcleo do direito penal – como o homicídio qualificado e o genocídio -, condutas que, pode-se dizer, sempre estiveram associadas à noção de crime e de pena. Entretanto, como destacado, a intenção desta parte da norma do inciso XLIII não é a específica vinculação legislativa na tipificação de novos crimes, mas a vinculação legislativa na listagem daqueles crimes sobre os quais não de recair os aspectos – que acompanham a norma - relacionados ao agravamento do tratamento penal. E isto em que pese o fato de que muitos destes delitos já apresentavam, antes do advento da Lei dos Crimes Hediondos, os mais altos intervalos de pena constantes no ordenamento jurídico-penal brasileiro, ou seja, indicavam já sua altíssima gravidade e, como corolário, a necessidade da forte censura penal.⁹²

⁸⁸ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle...* op. cit., p. 92.

⁸⁹ Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados...* op. cit., p. 227.

⁹⁰ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle...* op. cit., p. 90.

⁹¹ Cf. FELIX, Yuri; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. *Crimes...* op. cit., p. 135ss.

⁹² Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle...* op. cit., p. 94.

No tocante a tortura - esta sim depreendida do dispositivo do inciso XLIII como imposição constitucional expressa de criminalização -, a inquietação constituinte vai ao encontro da proteção a direitos fundamentais especialmente imbricados na relação “cidadão/Estado, autoridade/liberdade”⁹³. Em franca atenção ao passado, muito se alinha à norma italiana do art. 13, n.º 4, na medida em também cunha uma espécie de garantia penal de especiais direitos daqueles que se encontrem sob os auspícios estatais. Em relação ao cumprimento legislativo, este, de fato, deu-se através de ulterior intervenção legislativa, isto é, a tortura somente foi criminalizada após a promulgação da CFRB, de 1988.

Os tipos objetivos do delito surgiram com a Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, portanto quase dez anos após a promulgação da Constituição.⁹⁴ Antes, o que havia era somente uma criminalização mediata ou indireta, isto é, condutas assemelhadas resvalavam aos crimes de lesão corporal ou mesmo homicídio. Entretanto, o legislador brasileiro, ao lado do atraso, parece ter agido desconexamente. Considera a Lei de Tortura não os atos praticados, nomeadamente, por agentes públicos, mas atos deste calibre praticados por quaisquer pessoas. Isto é, o legislador teria tipificado um crime comum, e não próprio.⁹⁵ Uma espécie, portanto, de “tortura entre privados”⁹⁶. Exime-se a lei, por fim, da teleologia precípua que informa - como sublinhado no plano constituinte - a imposição de criminalização da tortura, aquela perpetrada por agentes públicos, o que leva ao entendimento de se tratar, no mínimo, de uma concretização parcial ou defeituosa do comando constitucional.

⁹³ Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 312.

⁹⁴ Note-se que um afloramento da tortura fora previsto inicialmente pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a qual dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 233. Com a lei da Tortura, de 1997, contudo, especificou-se o crime e aquele artigo revogou-se expressamente pelo art. 4.º. Cf. FELDENS, Luciano. “Comentário ao artigo 5.º, XLIII”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ª edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 423.

⁹⁵ Cf. FELIX, Yuri; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. *Crimes... op. cit.*, p. 217ss.

⁹⁶ Sobre a questão, afirma Luciano FELDENS, que “A vinculação do legislador decorrente do específico dispositivo constitucional diz com a obrigação de construir fundamentos mínimos (e não de observar limites máximo) de tutela penal. Reprise-se: nos mandados de criminalização, a Constituição não funciona como limite material (negativo), senão que como fundamento normativo (positivo) do Direito penal. Nada impediria, portanto, que o legislador, no âmbito de sua liberdade de configuração, incriminasse outras formas de submissão física e moral do homem ao homem, tenha este último a condição de autoridade ou não.” Enfrentada de outro modo, “Mesmo que se admita essa redução hermenêutica do âmbito de abrangência da norma constitucional, nada impediria, em princípio, que o legislador estendesse à tortura oriunda de particulares idênticas vedações, como o fez. Aliás, tal como o fez em relação a todos os delitos que qualificou como hediondos. Trilhou, o legislador, no particular, no âmbito de sua liberdade de configuração.” Cf. “Comentário ao artigo 5.º, XLIII”. In: *Comentários... op. cit.*, p. 424; cf. *Direito Penal... op. cit.* p. 77.

Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, alinha-se à proteção de bens e valores relacionados à saúde, num espectro de coletividade. Não obstante a imposição expressa de criminalização, ao tempo da promulgação da CRFB o tráfico de drogas era já disciplinado no plano penal. Foi previsto, no cenário brasileiro, *a priori*, no art. 281, do Código Penal, de 1941. Posteriormente, o artigo foi revogado e o tema passou a ser disciplinado por diversos tipos penais da Lei nº 6.368, de 1976. Hoje, o tema é disciplinado pela Lei 11.343, de 2006. Assim, desde há muito crimes concernentes ao tráfico de drogas já vigiam no sistema jurídico brasileiro, pelo que se pode afirmar, ao fim, que a proteção nunca fora derogada e nem sequer sofreu grandes alterações no sentido do decréscimo da ameaça punitiva. Trata-se, portanto, de imposição constitucional expressa de criminalização que já nasceu cumprida, dotada de eficácia plena.

Finalmente, no que concerne ao terrorismo, este pode ser considerado imposição constitucional expressa de criminalização que esteve no patamar das letras mortas por longos anos. Em verdade, o tema foi disciplinado só em 2016, com a Lei n.º 13.260, de 16 de março. Esta tratou da delimitação do conceito de organização terrorista e de outras disposições investigatórias e processuais.⁹⁷

(iv) Art. 5.º, XLIV

Último dispositivo, do art. 5.º, da CRFB, que é apresentado como imposição constitucional expressa de criminalização refere-se ao inciso XLIV.

Art. 5.º, XLIV. “*constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.*”

⁹⁷ O crime de terrorismo levantava divergência até a promulgação desta lei. As posições dividiam-se quanto à questão de se saber se a imposição expressa já teria sido, de fato, cumprida, ou não, por vias da recepção constitucional. Para setores da doutrina, a matéria já era tipificada pelo art. 20, da Lei 7.170/83, Lei de Segurança Nacional, que fazia menção ao terrorismo como ato perturbador do Estado. Nessa linha, alguns entendiam que o legislador não era omissivo, visto que a CRFB teria recepcionado referida lei e, por consequência, abarcado o crime de terrorismo, restando a imposição cumprida. Para outros, aquela norma não definia, na realidade, quais os atos terroristas. Não passava, pois, de uma cláusula geral, elástica e porosa, permissiva ao julgador de um enquadramento – subjetivo – de qualquer modalidade. Outrossim, observa-se que a lei supostamente aplicável nasceu no plano de um regime ditatorial. Inevitavelmente, refere-se a outro modelo de Estado, muito diferente do Estado democrático de Direito, outro forte argumento que pesava a favor da sua não recepção. Sobre essas questões, referentes ao plano anterior à promulgação da lei que dá tratamento específico ao terrorismo, cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 242ss; cf. FELIX, Yuri; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. *Crimes... op. cit.*, p.183ss.

As condutas em tela dirigem-se, inexoravelmente, à criminalização das condutas de grupos armados que atentem contra a “ordem constitucional democrática e seu conteúdo essencial”⁹⁸. Nessa linha de raciocínio, destina-se à prevenção dos verdadeiros “golpes” que objetivem a tomada do Poder através da força, em detrimento da democracia. Compreende, assim, condutas armadas que queiram a destituição dos representantes populares democraticamente eleitos, que afetem o processo eleitoral, que atentem à separação de poderes, que afrontem aos direitos e às garantias fundamentais e, em última análise, que ajam prejudicialmente contra a ordem social e constitucional.⁹⁹ Noutras palavras, trata-se da “Constituição como objeto de tutela”¹⁰⁰. Entretanto, apesar da flagrante importância conferida ao tema pelo constituinte¹⁰¹, até o presente momento não se pode afirmar que a imposição tenha sido cumprida.¹⁰² O paradoxo é abismal.

⁹⁸ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.* p. 79.

⁹⁹ Cf. GONÇALVES, Luiz. *Mandados... op. cit.*, p. 240ss.

¹⁰⁰ Cf. FELDENS, Luciano. “Comentário ao artigo 5.º, XLIV”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ª edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 426.

¹⁰¹ O inciso XLIV foi incorporado somente no Projeto B. Informa-o a emenda 00655, da autoria de Carlos Alberto Caó, visando alteração ao art. 6º, § 8º, do Projeto A. Propôs-se adição na seguinte linha: “*Constitui crime inafiançável e insusceptível do benefício da anistia a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático*”. Nas justificativas, ressaltou que “O Estado democrático impõe, por sua natureza histórica, que as instituições, movimentos sociais e políticos mantenham uma relação vinculatória com a ordem constitucional. De tal maneira que a competição pelo exercício do poder político, por posições de prestígio deve ser realizada no âmbito dos canais institucionais e dos mecanismos postos à disposição de diferentes grupos sociais e forças políticas pelo ordenamento jurídico. Assim sendo, os atos de ruptura da ordem constitucional constituem crime.” (p. 1636ss). O texto manteve-se o mesmo desde então, no art. 5.º, XLV (Projeto B); art. 4.º XLIV (Projeto C); art. 5.º, XLIV (Projeto D e texto promulgado). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

¹⁰² Em que pese o fato de alguma doutrina entender, à semelhança do terrorismo, que a imposição teria sido cumprida através da recepção constitucional da Lei n.º 7.170/83, Lei de Segurança Nacional - que conteria a previsão de alguns tipos referentes à esta criminalidade, como o art. 1, n.º2, e o art. 24 - fato é que o legislador não procedeu ao cumprimento da imposição. O argumento não pode prosperar. E pelas mesmas razões. Por certo, mencionada lei foi elaborada durante o regime militar, durante um regime ditatorial. Não se pode, portanto, sustentar uma recepção normativa de legislação deste caráter, incompatível, por certo, com os postulados de um verdadeiro Estado democrático de Direito. Só um cumprimento específico – ainda inexistente – seria capaz de dar plena eficácia à norma constitucional. Com críticas ao entendimento que compactua com a recepção e, por conseguinte, na linha de a compreender o legislador penal omissivo no assunto, cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 242ss; cf. FELDENS, Luciano. “Comentário ao artigo 5.º, XLIV.” In: *Comentários... op. cit.*, p. 426ss; cf. LIMA, Alberto; SILVA, Nathália. “Análise dogmática...” In *Revista... op. cit.*, p. 842ss; cf. FLACH, Michael. “Mandados...” In *Revista... op. cit.*, p. 33ss.

(v) Art. 7.º, X

Avançando dois artigos na CRFB, outra imposição constitucional expressa de criminalização é destacada. No Capítulo II, dos Direitos Sociais, o art. 7.º - que define os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social - estabelece, em seu inciso X:

Art. 7.º, X – “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;”

A norma é peculiar no caminho de indicar de maneira cristalina a conduta e o bem jurídico em causa.¹⁰³ A conduta é a retenção dolosa do salário, o bem jurídico protegido, um “*fondamentale diritto sociale*”¹⁰⁴, a contraprestação laboral, direito social da maior valia dos trabalhadores e mais uma marca histórico-condicionada do constituinte brasileiro.¹⁰⁵ Ocorre que, mais uma vez, e há mais de trinta anos desde a promulgação da CRFB, de 1988, o legislador apresenta-se, neste plano, indubitavelmente omissivo.¹⁰⁶

Ainda que forçosamente possa-se tentar justificar a omissão através do argumento de que essa conduta estaria contemplada pelo art. 168, do Código Penal brasileiro - que trata da apropriação indébita - o argumento não é colhido pela doutrina. Veja-se que o conceito de salário poderia incluir outros direitos laborais, como o 13.º salário, as férias remuneradas

¹⁰³ Sublinha-se a posição divergente de Luciano FELDENS, para quem “Trata-se de uma mandato constitucional de difícil precisão – portanto, frágil normatividade – e destituído de expressa referência no contexto legislativo atual.” Cf. *Direito... op. cit.*, p. 80.

¹⁰⁴ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁵ Importância sempre foi dada ao tema pelo constituinte. Já era disciplinado, no âmbito da Comissão de sistematização, pelo Anteprojeto de Constituição (art. 16) e pelo Projeto de Constituição, (art. 15): “A lei, protegerá o salário e punirá como crime a retenção definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado.” Destacam-se algumas propostas de emendas rejeitadas ao Projeto de Constituição: emenda 04144, de Ricardo Fiuza, para quem a norma deveria ser suprimida, “a retenção indevida de salário, desde que configura apropriação indébita, já é objetivo de norma geral para a infração penal da referida apropriação.” (p. 12); emenda 04363, por Basilio Villani, o qual pretendia a modificação da norma para a seguinte redação: “A lei protegerá o salário”. Para ele, “O estabelecimento de punições e respectiva graduação é competência da legislação ordinária, sendo espúria a inclusão de normas e graus de punibilidade na própria Constituição.” (p. 12); emenda 04462, José Geraldo, quem sugeriu a mesma redação proposta pela emenda anteriormente destacada como o seguinte argumento, “O detalhamento proposto pelo anteprojeto da Constituição é próprio da lei ordinária.” (p. 12). BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Quadro histórico artigo 7º*, inciso X da Constituição Federal de 1988. Centro de Documentação e Informação. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/30739>>. Acesso em: 13 de agosto de 2020. A norma restou, no Substitutivo I, no art. 7º, § 1º: “A lei protegerá o salário e definirá como crime a retenção definitiva ou temporária de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado.”; No Substitutivo II, no art. 6º, § 1º: “A lei protegerá o salário e definirá como crime a retenção de qualquer forma de remuneração do trabalho já realizado”; No Projeto A (art. 7º, § 1º) com a mesma redação. No Projeto B, art. 7º, X: “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.” Daqui o texto é o mesmo para o Projeto C (art. 6º, X); para o Projeto D (art. 7º, X); e para o texto promulgado.

¹⁰⁶ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle... op. cit.*, p. 82ss.

e o pagamento de horas extras. Não obstante, o crime de apropriação exige a intenção de se apropriar da coisa após ter regularmente obtido sua posse ou detenção. Não abrangeria, neste ínterim, condutas como, por exemplo, o atraso doloso no pagamento do salário.¹⁰⁷ O legislador está, portanto, neste particular, omissivo. Com toda a certeza, “A regulamentação infraconstitucional, passados trinta anos da promulgação do Texto Máximo, não veio à lume”¹⁰⁸.

(vi) *Art. 225, § 3º*

Mais à frente, a CRFB traz, no Capítulo VI, do Meio Ambiente, outra imposição expressa, no art. 225, § 3º.¹⁰⁹

Art. 225, § 3º - “*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.*”

Observe-se a similitude que comportam a norma brasileira e a norma espanhola (art. 45, n.º 3, da CE). No tocante aos bens protegidos, ambas se referem à “explosão da ‘questão ecológica’”¹¹⁰ alinhada à proteção penal do meio ambiente não apenas como um projeto de valor ético-social, a ser progressivamente assimilado pela consciência popular, mas ainda como uma forte garantia às futuras gerações.¹¹¹ Suas razões substanciais, por fim, concluem por mais uma expressão do caráter histórico condicionado das Constituições e de seus específicos projetos. Revela, inevitavelmente, inspirações de uma nova ordem constitucional vigente, a qual demarca uma forte guinada rumo à transição de valores.

Na sua gênese, já nas Subcomissões temáticas, algumas sugestões informaram a proteção constitucional penal conferida ao meio ambiente.¹¹² Já na Comissão de

¹⁰⁷ Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 269ss.

¹⁰⁸ Cf. FAVA, Marcos; MALLETT, Estevão. “Comentário ao artigo 7.º, X.” In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ª edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 621.

¹⁰⁹ Nota-se a doutrina discordante. Para Renato Stanzola VIEIRA, as normas constitucionais “socioideológicas” – como o art. 225, § 3º - não são imposições constitucionais expressas de criminalização. Para o autor, à luz deste dispositivo não exsurge a idoneidade e nem a necessidade da proteção penal ao meio ambiente. Pelo fato de haver preocupação constituinte expressa neste plano, não significa que a melhor tutela deverá ser a penal. Cf. “Mandados...” *In Revista... op. cit.*, p. 433ss.

¹¹⁰ Cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Constituição...” *In: Revista... op. cit.*, p. 169.

¹¹¹ Cf. FELIX, Yuri; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. *Crimes... op. cit.*, p. 134.

¹¹² São exemplos a sugestão 00995, de Nivaldo Machado, que sugeriu sanções aos crimes cometidos contra o meio ambiente. (p. 4); a sugestão 02020, por Antero De Barros, na linha de sugerir que fossem inafiançáveis

Sistematização, a norma restou a mesma para o Anteprojeto de Constituição (art. 422, § 1.º) e para o Projeto de Constituição (art. 415, § 1.º): “*As práticas de que trata este artigo serão equiparadas, pela lei penal, ao homicídio doloso, quando produzirem efeitos letais ou danos graves e irreversíveis à saúde de agrupamentos humanos.*”¹¹³

Veja-se a legiferância constituinte à flor da pele. Num momento primário, quis-se comparar algumas condutas atentatórias ao meio ambiente inclusive ao homicídio doloso. Contudo, ao jeito espanhol, restou a norma caracterizada por certa prudência. Deixa transparente a utilização penal como faculdade oferecida ao legislador ordinário, quem deverá, no cumprimento da imposição, relacionar somente as ofensas mais graves à tutela penal. “Dentro dessa perspectiva, se é verdade que, por imperativo constitucional, o meio ambiente carece da devida atenção pelo Direito Penal, não é menos verdade que, para a sua

os crimes praticados contra o meio ambiente. (p. 5); e a sugestão 0963, autoria de Valter Pereira, a sugerir a tipicidade das infrações contra a ecologia (p. 19). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Quadro histórico artigo 225 da Constituição Federal de 1988*. Centro de Documentação e Informação. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/36879>>. Acesso em 25 de julho de 2020.

¹¹³ Destacam-se algumas propostas ao Projeto de Constituição: emenda 02678, de Mauro Benevides, para substituir o parágrafo primeiro nos seguintes termos: “A lei ordinária regulará as hipóteses de violações, bem como a obrigação de reparar o dano causado”. Para ele, “De outra parte, faz-se necessária expungir do texto todas as questões cuja previsão e regulamentação são da alçada do legislador ordinário. As normas constitucionais devem concentrar-se na fixação das regras básicas e fundamentais, deixando para lei complementar o que for casuístico. Não há sentido em o texto constitucional descer a minúcias como a previsão dos tipos penais com que serão punidos certos danos ecológicos. Na linha que propugnamos para o tratamento do tema, situam-se, por exemplo, as modernas Constituições de Portugal (art. 66) e da Espanha (artigo 45), ambas versando as normas sobre defesa da ecologia em apenas um artigo, subdivididos alguns poucos preceitos.” (p. 243ss). A fim de suprimir aquele parágrafo, a emenda 03013, por Mendonça De Moraes, “A hipótese contemplada no parágrafo 1º quer suprir o nexo psicológico, e, vai mais além na medida em que transforma a lesão grave em homicídio, isto é, mata quem não está morto, apenas para ter o crime equiparado a um mais grave. A lei ordinária é quem deve, através da imposição de pena, mais ou menos, grave, dar a dimensão que se quer dar ao problema. (...) Melhor para a Constituição e para o próprio Direito que a Lei ordinária se encarregue da matéria.” (p. 247ss). Por fim, a emenda 19856, de António Carlos Mendes Thame, para dar-se ao art. 415, do Projeto de Constituição, a seguinte redação: “Art. 415 – “*As práticas e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os responsáveis a sanções penais e administrativas, na forma da lei, independentemente da indenização ou reparação integral do dano causado.*” Isto porque “A nova redação dada aos artigos visou sintetizar seus elementos essenciais, eliminando matéria não adequada à redação de norma constitucional e que deve ser remetida para a lei ordinária.” (p. 356). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Quadro histórico artigo 225 da Constituição Federal de 1988*. Centro de Documentação e Informação. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/36879>>. Acesso em 25 de julho de 2020. A matéria aparece desta forma disciplinada no Substitutivo I. Art. 296. “*As práticas e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar integralmente os danos causados.*” No Substitutivo II, no art. 255, § 3º: “*As condutas e atividades consideradas ilícitas, lesivas ao meio ambiente, sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, aplicando-se, relativamente aos crimes contra o meio-ambiente, o disposto no artigo 194, § 4º, desta Constituição.*” Deste ponto, não sofre mais alterações substanciais, sendo disciplinado, no Projeto A (art. 262, § 3º); no Projeto B (art. 228, § 3º); no Projeto C (art. 224, § 3º); no Projeto D e no texto promulgado (art. 225, § 3º).

proteção, nem toda conduta que venha a atentar contra esse bem jurídico, seja ela comissiva ou omissiva, merece um olhar do direito repressor (...)”¹¹⁴.

À semelhança do contexto espanhol, também no caso brasileiro a atuação penal deve ser acessória. Aqui, mais uma vez, pode-se dizer tratar-se de artimanha constituinte como forma de solapar qualquer dúvida acerca da dignidade penal do meio ambiente. Todavia, além do dispositivo não especificar condutas, expressamente indica o direito penal como faculdade protetiva. E, sabendo-se que o direito penal é a arma mais forte do Estado na ingerência aos direitos fundamentais, não é deste que se deve partir, mas do complexo administrativo.¹¹⁵

Quanto ao cumprimento do ditame constitucional, o legislador procedeu à feitura de nova e extensa lei especializada na disciplina do tema. Trata-se da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, promulgada após quase dez anos de vigência constitucional. A lei contempla, por exemplo, crimes contra a fauna (art. 29 e seguintes); contra a flora (art. 38 e seguintes); e crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (art. 63 e seguintes).

(vii) Art. 227, § 4º

Em vias conclusivas, destaca-se a última imposição constitucional expressa de criminalização identificável no cenário brasileiro.¹¹⁶ No Capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, o art. 227 dispõe em seu § 4º:

¹¹⁴ Cf. TURESSI, Flávio. *Bens jurídicos... op. cit.*, p. 170.

¹¹⁵ É a posição de Luís GRECO. Para o autor, está clara a importância do meio ambiente como bem a ser protegido. Porém, nesta estratégia global de preservação e proteção, o primado deve ser do direito administrativo, sendo o direito penal mero flanqueador. Mais especificamente no plano brasileiro, tratar-se-ia de uma “acessoriedade administrativo geral”. Em verdade, os bens jurídicos ambientais já eram protegidos pelo Estado pelas vias do direito administrativo. Com o advento da lei penal no setor, entretanto, a situação fez com que, no “direito penal ambiental”, figurassem vários dispositivos que parecem não proteger qualquer bem jurídico ambiental, mas sim a mera conduta de contrariedade ao direito administrativo. E abre-se a questão: com a lei penal meramente remetente a atos administrativos não legislados por lei federal, como deve ser o direito penal, não estaria o legislador, em verdade, transferindo à Administração a competência na definição de crimes, violando a legalidade? Cf. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa.” *In: Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*; coordenação Kai Ambos, María Laura Böhm. 1. ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 209ss.

¹¹⁶ Também aqui a doutrina não é uníssona quanto à categorização desta norma como imposição constitucional expressa de criminalização. Além de norma constitucional “socioideológica”, sua literalidade não permitiria esse enquadramento. Assim, o excerto “punirá severamente” não seria sinônimo de proteção penal imperativa. Apesar dos bens serem dignos de tutela penal e de grande valia - além de, de fato, haver proteção penal no

Art. 227, § 4º. “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

Ao retratar a severidade da punição, com efeito, o constituinte parece ter desejado a proteção penal.¹¹⁷ Quanto aos bens em causa, mais uma vez a Constituição demonstra uma explícita preocupação na proteção dos direitos fundamentais. Em causa estão direitos primordiais, como a inviolabilidade sexual, a integridade física, enfim, direitos de diversas ordens que se relacionam, em última análise, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, aqui enfatizada na medida da vulnerabilidade especial intrínseca à criança e ao adolescente, sujeitos especiais de proteção.¹¹⁸ Ou, ainda, uma especial proteção, nomeadamente, ao desenvolvimento e à liberdade sexuais das crianças e adolescentes face a comportamentos libidinosos.¹¹⁹ Além de cumprimentos esparsos através do Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, foi o principal responsável por dar ulterior cumprimento e definir crimes neste universo. São exemplos, sobretudo, os artigos 228 e seguintes, que tratam dos crimes em espécie contra a Criança e o Adolescente.

setor –, isto não significa que da norma constitucional depreenda-se a imperatividade da proteção penal. Cf. VIEIRA, Renato Stanzola. “Mandados...” *In Revista... op. cit.*, p. 433ss.

¹¹⁷ O art. 227, § 4, CRFB é fruto de transformações do primordialmente inserido, no Substitutivo II, art. 257, § 3º, IV: § 3º - o direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: IV – proteção contra abuso, violência e exploração sexuais.” São razões que informam este dispositivo: emenda 26136 por, Francisco Diógenes, no sentido de acrescentar parágrafo ao Substitutivo I: “Serão responsabilizados na forma da lei todas as formas de omissão e todas as transgressões de pessoas ou de instituições que redundem em violência pessoal ou social contra crianças e jovens.” Isto porque “É dever da sociedade, é dever do Estado, é dever de todos proteger a criança, garantindo-lhe o direito a essa proteção contra todas as formas de violência das quais não tem como se defender.” (p. 240); a emenda 26425, de Geraldo Bulhões, também no sentido de adição ao Substitutivo I, no seguinte sentido: “A lei coibirá a violência física, mental, ou psicológica de adultos, instituições ou na constância das relações familiares sobre a criança, garantindo-lhe sua integridade e estabelecerá os meios para este fim”. Para ele, “É necessário, pois, fique explícito na futura Carta o apoio e o devido respeito ao menor em nosso País.” (p. 240ss); a emenda 32794, por Iberê Ferreira, para acrescentar-se o excerto “lei complementar definirá sanções contra atos de violência, abuso, opressão e exploração praticados contra a criança e o adolescente.” Justificou, “Dependente, juridicamente irresponsável, a criança e o adolescente devem ter resguardada a dignidade de sua condição. Se as manifestações antissociais tornam imputáveis os que as praticam contra os de maior idade, com muito maior razão devem ser coibidos e punidos os atos de violência, abuso, opressão e exploração praticados contra a criança e o adolescente.” (p. 258). No Projeto A, a norma mantém-se com a mesma redação do Substitutivo II (art. 264, § 3º, IV). No Projeto B, há certa variação significativa, pelo art. 230, § 4º: “A lei punirá, severamente, o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” Mantém-se com mesma redação no Projeto C (art. 226, § 4º); no Projeto D; e no texto final (art. 227, § 4º). Cf. BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Quadro histórico artigo 227 da Constituição Federal de 1988*. Centro de Documentação e Informação. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/39286>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

¹¹⁸ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 81.

¹¹⁹ Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 275ss.

1.3. Qual o sentido das imposições constitucionais expressas de criminalização?

Tratados alguns exemplos deste certame, resta, neste momento, buscar responder à indagação que, subliminarmente, informa a lógica desta primeira parte formalista do presente estudo. Resta anunciar a existência de uma concordância - ou, à inversa, de uma discordância - acerca das condutas e dos bens jurídicos imperativamente atrelados ao mecanismo penal, pelos diversos textos constitucionais, de maneira expressa e positiva. Isto é, resta saber se há um comum espírito que as informa.¹²⁰

Das normas analisadas, uma primeira categoria exsurge. São normas intrinsecamente relacionadas à proteção do novo modelo de Estado Constitucional recém instituído. É peculiaridade, pois, de Constituições de transição, de textos marcados por períodos históricos excepcionais - como a Segunda Guerra Mundial - e por novos arranjos

¹²⁰ Notam-se, desde já, os dispositivos pelo presente estudo “desqualificados” da categoria de imposição constitucional de criminalização. Quanto à norma portuguesa do art. 37, n.º 3, CRP, não muito é preciso dizer, na medida em que sua própria literalidade – informada pela evolução jurisprudencial referida – retira-a deste quadrante. Na mesma linha, o exemplo espanhol destacado do art. 55, n.º 2, CE, o qual, por não exigir, na verdade, a tipificação de condutas, parece fugir da quadra proposta. Quanto aos crimes hediondos, não se pode afirmar tratar-se de imposição constitucional expressa de criminalização. Em verdade, poderia ser nomeada como “imposição constitucional expressa de recrudescimento do tratamento penal”. Isto porque o legislador, por listagem, na lei elenca aquela criminalidade - a seu ver, mais grave - sobre a qual hão de recair os auspícios repressores do microssistema punitivo paralelo. Não obstante, não merece a categorização de imposição constitucional expressa de criminalização o inciso XLI, do art. 5.º, CRFB. Sua essência, com efeito, é a de princípio orientador da atividade político-criminal. Ao abarcar a proteção de todas as discriminações atentatórias e direitos e liberdades fundamentais, a norma deve fazer as vezes de farol que ilumina a atividade legislativa no sentido de anunciar a proteção - largo espectro - dos mais importantes valores da ordem democrática. Sua simbologia propulsiona, pois, a atividade estatal, além de, igualmente, exercer uma espécie de função de garantia criminal do princípio da igualdade. Cumpre, aqui, trazer à baila alguns exemplos semelhantes, também atrelados à principiologia geral antidiscriminação. São exemplos o art. 70-A, da Constituição da Hungria, de 1949, que se refere à vedação à discriminação: “(1) *The Republic of Hungary shall respect the human rights and civil rights of all persons in the country without discrimination on the basis of race, color, gender, language, religion, political or other opinion, national or social origins, financial situation, birth or on any other grounds whatsoever.* (2) *The law shall provide for strict punishment of discrimination on the basis of Paragraph (1).*” O exemplo da Estônia, em Carta de 1992, no art. 12, §2: “*Everyone is equal before the law. No one may be discriminated against on the basis of nationality, race, colour, sex, language, origin, religion, political or other views, property or social status, or on other grounds. Incitement to ethnic, racial, religious or political hatred, violence or discrimination is prohibited and punishable by law. Incitement to hatred and violence between social classes or to discrimination against a social class is also prohibited and punishable by law.*” É o caso, ainda, do art. 15, da Constituição da Guiné Equatorial, de 1991: “*All acts of partiality or discrimination committed on the basis of tribe, gender, religion, and corruption and other or same shall be punishable by law.*” Os exemplos – neste ponto apresentados, como os a seguir anunciados - são trazidos de forma esparsa e, portanto, não assim categorizados, por Caterina PAONESSA. Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 120ss. Opta-se, como também nas próximas notas mais adiante, pela língua inglesa. Isto parece justificar-se pela diversidade linguísticas entre as Cartas mencionadas, pelo não tratamento doutrinário conferido em língua portuguesa e, mais importante, pela maior facilidade e praticidade com que o leitor poderá aceder às Cartas.

institucionais – máxime em detrimento de regimes autoritários - designados à ruptura com o passado e à consagração de um novo modelo constitucional. São, assim, marcas onerosas – mas, aos olhos constituintes, necessárias - da transição institucional. Não se resumem, entretanto, a um período específico da História, sendo também presentes em muitas Constituições emergentes.¹²¹

Ainda nesta categoria, mas de forma mediata e num plano mais particular, identificam-se imposições que, ainda que indiretamente visem à proteção da ordem democrática, alinham-se mais à adjectivação de “garantias criminais” encarregadas da proteção a direitos fundamentais de pessoas, específicas, perante arbitrariedades, estatais. Nestes casos, objetivam limitar a tensão gerada das relações entre cidadãos e autoridades públicas e o uso excessivo do poder repressivo de que este último é titular. Expressam a máxima expansão da liberdade pessoal do indivíduo no sistema jurídico, especialmente nos casos em que o bem em questão é considerado já cingido por vias legais. Aqui, a tortura tem primazia que, inegável e primordialmente, advém do atento olhar a passados autoritários.¹²²

¹²¹ São exemplos: a imposição expressa alemã, art. 26, n.º 1, LFRFA, de 1949. Ainda, o inciso XLIV, do art. 5.º, da CRFB. O caso expresso do terrorismo, também relacionado à integridade da estabilidade do sistema democrático, presente no inciso XLIII, também do art. 5.º, da CRFB. O exemplo português, art. 117, n.º 3, da CRP, que, mesmo recheado com certa vagueza, não prescinde de impor a tipificação de crimes de grande importância ao Estado – crimes de responsabilidade dos titulares cargos políticos -, os quais se relacionam, ao fim, à proteção da própria Constituição e ordem democrática. Outros exemplos aqui resvalam, como o da Constituição da Bulgária, no art. 59, § 1.º: “(...) *High treason and betrayal of the country shall be treated as crimes of utmost gravity and shall be punished with all the severity of the law.*”; Ainda, os exemplos da Constituição argentina de 1994. No art. 119, dispõe: “*Treason against the Nation shall only consist in rising in arms against it, or in joining its enemies, supplying them with aid and assistance. Congress shall by a special law determine the punishment for this crime;*” E o art. 22, fazendo referência ao crime de sedição: “*Any armed force or meeting of persons assuming the rights of the people and petitioning in their name, commits the crime of sedition.*” A Constituição de 1991, do Gabão, no art. 7.º: “*All acts proposing harm to the republican tradition, the unity, the secular principles of the State, its sovereignty or its independence constitute a crime of high treason punishable by the law.*” A Constituição do Congo, de 2005, no art. 64: “*Any attempt to overthrow the constitutional regime constitutes an offense against the nation and the State, an offense which is not subject to the statute of limitations. It is punished in accordance with the law.*” No Benin, o exemplo é da Constituição de 1990, em seu art. 65: “*Any attempt to overthrow the constitutional regime by the personnel of the Armed Forces or of the Public Security shall be considered as a breach of duty and a crime against the Nation and the State and will be punished in accordance with the law.*” Na Constituição do Paraguai, o art. 137, § 2.º, estabelece, em relação à supremacia da Constituição e à ordem política da República: “*Whoever attempts to change that order, outside the procedures specified in this Constitution, would incur in the crimes that will be classified and punished in the law (...).*” Os exemplos são colocados de forma esparsa e, portanto, não assim categorizados, por Caterina PAONESSA. Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 120ss.

¹²² Exponente primário é a norma do art. 13, n.º 4, CRI, de 1948. Aqui, não se pode deixar de mencionar o art. 55, n.º 2, da CE. Ainda que, como afirmado, a norma não seja propriamente uma imposição constitucional expressa de criminalização, não deixa de agir como garantia criminal a nível constitucional em relação aos possíveis abusos estatais no seio dos direitos fundamentais. Ainda, o já destacado caso da tortura, presente no inciso XLIII, do art. 5.º, da CRFB. Interessante é a perspectiva grega prevista em sua Constituição de 1975. Veja-se o art. 7, § 2.º: “*Torture, any bodily maltreatment, impairment of health or the use of psychological violence, as well as any other offence against human dignity are prohibited and punished as provided by law.*”

Já uma segunda categoria consagra-se quando são perspectivados delitos específicos ou mesmo a proteção de grupos ou direitos determinados. Referem-se, estas imposições, invariavelmente, a temas mais imiscuíveis àquele contexto constitucional específico. Atrelam-se, portanto, ainda mais fortemente ao condicionalismo-histórico que ilumina as imposições constitucionais expressas de criminalização.¹²³

Por fim, uma terceira e última categoria é identificável. São os peculiares compromissos e projetos constituintes. Não visam, pois, propriamente à salvaguarda das estruturas do Estado ou à proteção de direitos e grupos específicos. Outrossim, não voltam olhares ao passado, mas traçam apostas prospectivas. Utilizam do direito penal como forma de objetivar transformações sociais e de exaltar novos valores. Normas insólitas e inauditas, doutra monta, são imposições que reivindicam uma postura nomeadamente progressista. São normas que - justamente pela falta de consenso sobre a importância do valor a proteger pelas

Ainda, o art. 9, § 2.º, a fazer referência à inviolabilidade de domicílio: “2. *Violators of the preceding provision shall be punished for violating the home’s asylum and for abuse of power, and shall be liable for full damages to the sufferer, as specified by law.*” Outro exemplo é oferecido pela Constituição do Benin, de 1990. Em seu art. 19, estabelece: “*Any individual or any agent of the State who shall be found responsible for an act of torture or of maltreatment or of cruel, inhumane or degrading treatment in the exercise of, or at the time of the exercise of his duties, whether of his own initiative or whether under instruction, shall be punished in accordance with the law.*” No Djibouti, o exemplo é oferecido pela norma do art. 16, da Constituição de 1992. “*No one shall be subjected to torture or to inhuman, cruel, degrading or humiliating treatment or punishment. Any individual, agent of the State or public authority guilty of such acts, whether independently or on instructions, shall be punished in accordance with the law.*” O art. 38, da Constituição do Camboja, de 1993: “*The prosecution, arrest, police custody or detention of any person shall not be done, except in accordance with the law. The coercion, physical punishment or any other treatment aggravating the penalty of the detainee or prisoner shall be forbidden. The author of such acts, co-authors and accomplices shall be punished according to the law.*” No Sudão, em Carta de 2005, nota-se o art. 149, n.º 1, b): “*Prisons are correctional and rehabilitative institutions; treatment that is cruel, inhuman, degrading of the prisoners’ dignity, or that may expose their health to danger shall be prohibited and punishable by law.*” Os exemplos são colocados de forma esparsa e, portanto, não assim categorizados, por Caterina PAONESSA. Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 120ss.

¹²³ É o caso do inciso XLII, do art. 5.º, que trata do racismo; o art. 7.º, X, que trata da proteção do salário; e o art. 227, § 4, que dá especial atenção à criança e ao adolescente, todos da CRFB. Exemplos outros são presentes. Na Constituição da Venezuela, de 1999, tem-se o art. 54: “*No person shall be subjected to slavery or servitude. Traffic of persons, in particular women, children and adolescents, in any form, shall be subject to the penalties prescribed by law.*”. O art. 5.º da Constituição da Costa do Marfim, de 2000, que faz expressa menção à proibição penal da mutilação genital feminina: “*Slavery, human trafficking, forced labor, physical or moral torture, inhumane, cruel, degrading and humiliating treatment, physical violence, female genital mutilation as well as all other forms of degradation of a human being are prohibited.*” No plano argentino, exemplo é o art. 15, da Constituição de 1994, que refere-se à escravidão: “*Any contract for the purchase and sale of persons is a crime for which the parties shall be liable, as well as the notary or officer authorizing it.*” No Congo, exemplo é o art. 41, § 4.º, da Constituição de 2005. “*The abandonment and maltreatment of children, in particular pedophilia, sexual abuse and the charge of engaging in witchcraft, are prohibited and punishable by law.*” Os exemplos são colocados de forma esparsa e, portanto, não assim categorizados, por Caterina PAONESSA. Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 120ss.

vias penais - expressam a intenção constituinte de, ao contrário de outros consensos sociais, optar por "*poner de relieve*"¹²⁴ a importância da proteção penal de alguns deles.¹²⁵

Em sede conclusiva, é possível identificar, sem embargo, uma certa concordância no que concerne às três categorias anunciadas. Em relação aos bens jurídicos apontados, pode-se afirmar, em perspectiva ampla, que esta peculiar espécie normativo-constitucional, na generalidade das Cartas, ambiciona a proteção penal, efetivamente, de muitos valores essenciais ao Estado Constitucional de Direito, além do fato de que, muitas vezes, é este o próprio o destinatário final da aspiração protetiva do constituinte. São, pois, diversos e específicos direitos fundamentais, além da própria ordem democrática, que, ao lado das ambições prospectivas, são os responsáveis, a fim e a cabo, por circundarem a teleologia protetiva destas normas.

Todavia, como se percebe, o estudo do tema das imposições constitucionais expressas de criminalização não pode, de fato, olvidar da análise interligada entre vários setores que informam sua teleologia. Ou seja, a despeito de alguma similitude que possam apresentar as imposições expressas, é no particular contexto de cada Constituição que o tema

¹²⁴ Cf. LORENTE, José Muñoz. "Análisis..." In: *Anuario... op. cit.*, p. 73, nota 6.

¹²⁵ São exemplos deste quadrante as normas que se referem ao meio ambiente, art. 45, n.º 3, e ao patrimônio histórico-cultural, art. 46, ambos da CE. O art. 225, § 3.º, da CRFB, também relativo ao meio ambiente. Sem embargo, o art. 29, da Constituição do Benin, de 1990: "*The transportation, importation, storage, burying and the discharging on the national territory of toxic wastes or foreign pollutants and any agreement relating to it shall constitute a crime against the Nation. The applicable sanctions shall be defined by law.*" O art. 8.º, da Constituição do Paraguai, de 1992: "(...) *The manufacture, the assembly, the importation, the commercialization, the possession or the use of nuclear, chemical and biological weapons, as well as the introduction of toxic waste into the country is prohibited. (...) Ecological crime will be defined and sanctioned by the law. Any damage to the environment will result in the obligation to repair and to indemnify.*"; O art. 70, da Constituição do Camboja, de 1993: "*Any offence affecting or relating to cultural heritage and artistic heritage shall be severely punished.*" O art. 99, da Constituição venezuelana, de 1999: "(...) *The assets constituting the cultural heritage of the nation are inalienable, not subject to distraint or to statute of limitations. Penalties and sanctions for damage caused to these assets shall be provided for by law.*" Contudo, os por assim dizer compromissos constitucionais não se cingem ao plano do meio ambiente e do patrimônio histórico, cultural ou artístico. Outras imposições desta ordem podem ser observadas. É o caso brasileiro que se refere à imposição de criminalização das condutas relacionadas ao tráfico de entorpecentes, art. 5.º, XLIII, da CRFB. Exemplo, também neste sentido, é o art. 64, da Constituição do Camboja, de 1993: "*The State shall forbid individuals to import, manufacture or sell illicit drugs, counterfeit products, expired goods harmful to the consumers' health and life, and shall severely punish them.*" Como exemplos de compromissos com o setor econômico, o art. 336, § 6.º, da Constituição da Colômbia, de 1991: "*Tax evasion with respect to revenues originating from financial monopolies will be sanctioned as a crime within the limits established by law.*"; e o art. 114, da Constituição venezuelana, de 1999: "*Economic crime, speculation, hoarding, usury, the formation of cartels and other related offenses, shall be punished severely in accordance with law.*" Para Caterina PAONESSA, os projetos constituintes são imposições que, pelo menos indireta e mediadamente, relacionam-se à proteção do indivíduo em seus direitos fundamentais primordiais. Uma forma de proteção futura consubstanciada na proteção de interesses emergentes. Daqui a conclusão, para ela, de que todas as imposições constitucionais expressas de criminalização estão associadas à proteção de direitos fundamentais do indivíduo de primeira grandeza, mesmo nos casos em que o bem que subjaz à norma constitucional seja, por exemplo, de caráter transindividual. Cf. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 121.

deve ser entendido. É dizer, “*Esta antecipação de valores político-criminais*, que estão normalmente a cargo do legislador ordinário, remete-nos de imediato para a experiência histórica dos diversos países que preveem tais imposições e para os projetos e objetivos concretos que abraçavam no momento da outorga de uma nova Constituição”¹²⁶. Torna-se impossível, portanto, uma análise que se queira bem feita da temática sem que se parta de Carta específica e, por consequência, da comunidade em causa, do condicionamento histórico que permeia aquele cenário.¹²⁷

Ao procederem desta maneira, via imposição constitucional expressa de criminalização, repare-se que as Constituições fazem uso de uma sua função facultativa. Noutros termos, as imposições expressas são normas constitucionais histórico-socialmente condicionadas que uma determinada Constituição facultativamente assume. Um compromisso, portanto, de proteção e concretização de valores importantes àquela específica realidade, naquele específico momento histórico.¹²⁸ Assim, no que toca às escolhas constituintes, “O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Isso porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis imanentes à própria existência humana”¹²⁹.

¹²⁶ Cf. ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 72.

¹²⁷ Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 315.

¹²⁸ Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra. Almedina. 2006, p. 61ss.

¹²⁹ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 89.

CAPÍTULO II – O LIAME ENTRE O LEGISLADOR PENAL E A CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTO EXPRESSO AO DIREITO PENAL

2.1. “Sinal verde” ao legislador penal

Cumpra, neste ponto, ressaltar que "As normas jurídicas não são conselhos, recomendações, indicações ou lembretes: sua observância é obrigatória, imperativa. (...) e se a Constituição é uma norma jurídica, imperatividade e sindicabilidade são notas que caracterizam seus dispositivos"¹³⁰. Por consequência, "Um tal sistema jurídico-penal, constitucionalmente exigido, deveria fazer-se representado por um catálogo de crimes, no qual deveriam obrigatoriamente constar, pelo menos, as condutas cuja criminalização é expressamente requerida pela Constituição"¹³¹. É dizer, no plano das imposições constitucionais expressas de criminalização, a Constituição, por seu turno, aparece como fundamento expresso ao direito penal. Resta, assim, traçar as noções que norteiam a atividade legislativo-penal frente a comandos deste calibre. A princípio, permeia-se o plano constitucional.

É verdade, se muitas vezes estão os direitos fundamentais no polo protetivo das imposições expressas, foram também eles que, no fundo, permitiram que a Constituição impusesse esta proteção. Foi a constitucionalização destes direitos que possibilitou a ascensão do Estado Constitucional de direito, no qual a lei - inclusive penal, e, por consequência, o legislador - submetem-se à Constituição.¹³² Todavia, nem sempre foi assim. Vigorava, até então, o “império da lei”. Crime era o que assim entendia o legislador; direito, aquilo que ele assim quisesse que fosse. Por seu turno, ao juiz recaía a mecânica função de pronuncia, de “boca da lei”¹³³. Nesta linha, a Constituição “(...) permaneceria durante muito tempo reduzida a codificação meramente formal dos poderes do Estado e a sua supremacia simplesmente concebida como uma ‘peça lógico-sistemática’, isto é, como mero pressuposto

¹³⁰ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 41.

¹³¹ Cf. FELDENS, Luciano. “Constituição...” *In: Novos...op. cit.*, p. 397.

¹³² Sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito... op. cit.*, p. 377ss.

¹³³ Veja-se que flagrante retórica levou, ao fim, que a defesa da Constituição fosse entregue ao próprio povo e as leis fossem manejáveis às vis ideologias, das quais são exemplo maiores os regimes ditatoriais do nacional-socialismo e do fascismo. Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 25ss.

de integração e de fundamentação da unidade piramidal do ordenamento jurídico"¹³⁴. Pode-se dizer, tratava-se, aqui, de um Estado de Direito puramente formal, autolimitado pela lei positiva que o legislador criava a seu bel-prazer.

Porém, ventos de um novo constitucionalismo demonstraram escancaradamente a necessidade de se obstar uma concepção puramente positivista da lei, marcada pela indiferença a valores éticos.¹³⁵ Com a constitucionalização dos direitos fundamentais - novos pilares axiológicos do Estado, preciso foi que se criassem instrumentos a fim de que fossem efetivamente assegurados. À partida, era preciso que fossem positivados como garantias jurídicas em superior hierarquia, longe das investidas democráticas. Mostrou-se imperioso, pois, que se lhe conferisse à Constituição o aspecto da rigidez, afastando-o da possibilidade de modificação pelo procedimento legislativo ordinário.¹³⁶

Nesta linha, "a ideia da soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência da lei parlamentar foi perdendo definitivamente terreno a favor da concepção da soberania e da supremacia da Constituição e do carácter constituído e subordinado do poder legislativo, no sentido de a vontade política da *maioria governante* em cada momento não poder prevalecer contra a vontade da *maioria constituinte* incorporada na Lei fundamental"¹³⁷. Neste momento, a primazia não é mais da lei, é da Constituição; o controle jurisdicional não é da legalidade, é da Constituição.¹³⁸

Ademais, era preciso que alguém controlasse aquelas novas garantias e o efetivo subordinar do ordenamento ao império constitucional, o que implicaria, ao fim, contrastar a lei à Constituição. Imperioso que entrasse em cena, portanto, o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, a justiça constitucional. "Ou seja, após a constitucionalização dos direitos, caberia à justiça constitucional, colocada perante a inevitabilidade de limitações ou afectações negativas dos direitos fundamentais actuadas pelos poderes constituídos, verificar da respectiva constitucionalidade e daí retirar as devidas conseqüências"¹³⁹. A experiência histórica levou, por último, que fosse delegada tal tarefa aos juízes, ideia que se consubstancia na garantia jurisdicional da Constituição. O conteúdo da lei passa a ser condicionado à norma suprema e o poder passa a estruturar-se pela raiz

¹³⁴ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. AAFDL Editora. 2017, p. 152.

¹³⁵ Cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 39.

¹³⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito... op. cit.*, p. 1059ss.

¹³⁷ Cf. ANTUNES, Maria João. "Novos..." In: *Direito... op. cit.*, p. 62.

¹³⁸ Cf. PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal... op. cit.*, p. 70.

¹³⁹ Cf. NOVAIS, Jorge. *Direitos... op. cit.*, p. 11.

constitucional, a qual emite impulsos e diretrizes considerando o legislador agora não mais plenipotenciário. Enfim, a vinculação constitucional do legislador torna-se o marco de uma democracia desenvolvida à luz de uma Constituição jurisdicionalmente garantida.¹⁴⁰

Neste momento, a Constituição torna-se tanto fonte de produção normativa (*norma normarum*), como norma de valor hierarquicamente superior (*supralegalidade material*). Isto é, passa, ademais, a agir como parâmetro material a exigir a conformidade de todos os atos dos Poderes Públicos às normas constitucionais hierarquicamente superiores. Em síntese, da conjugação entre *supralegalidade formal* e *supralegalidade material* “**deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos**: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais”¹⁴¹.

Assim, “se durante o século XIX o Estado de Direito concedia ao legislador a posição de *alfa e ômega* dos direitos individuais, que significavam aquilo que o legislador quisesse, a supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional reconhecida na Europa a partir da segunda metade do século XX implica *mais Constituição, mais jurisdição constitucional e mais limites à atuação do legislador*. (...) Não se pode, em suma, falar em *plena liberdade* do legislador quando este se encontra submetido às normas e pautas legislativas traçadas pelo texto constitucional”¹⁴². Não deixa a Constituição, portanto, de influir - com decisões políticas fundamentais, prioridades e fins - no comportamento futuro do Estado.¹⁴³ Embora não possa ela própria operar fortes mudanças na prática – como em razão do princípio da legalidade -, indubitavelmente impõe tarefas - como o faz no plano das imposições expressas - a serem concretizadas pelo legislador, obstando-se argumentos de oportunidade e conveniência.

A premissa passa, portanto, pela ideia de que o direito é *meio* à promoção de fins. E isto justifica-se pelo próprio modelo de Estado e pela própria compreensão do direito penal como instrumento. Num Estado Constitucional de Direito, o direito penal, como ramo, também não pode ser fim em si mesmo. Seus fins, invariavelmente, devem servir aos fins

¹⁴⁰ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 27ss.

¹⁴¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito... op. cit.*, p. 890.

¹⁴² Cf. ANDRADE. Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 308.

¹⁴³ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia... op. cit.*, p. 19.

constitucionais. O direito penal é, pois, somente mais um instrumento ao atingimento de um estado concreto de coisas.¹⁴⁴ É dizer, a leitura do direito penal torna-se imbricável ao modelo de Estado que se analisa.

Veja-se que a Constituição - que goza de “*posição hierárquico-normativa superior*” e “*autoprímazia normativa*”, sendo, pois, norma de valor formal e materialmente superior – age, no que toca às imposições expressas de criminalização, como conversora do direito ordinário em direito constitucional. Neste ponto, as normas constitucionais impositivas de criminalização agem como “*heterodeterminações positivas*” das normas em inferior hierarquia, é dizer, passam a parcialmente regulamentar “o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material”¹⁴⁵.

Inevitavelmente, a Constituição passa a ser “o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal”¹⁴⁶. O direito penal não possui, nestes moldes, existência autônoma perante a Constituição, sendo por ela definidos “os *limites*, as *fontes*, bem como os *fundamentos* de sua estruturação”¹⁴⁷. Enfim, não restam dúvidas de que a Constituição, em sede de imposições constitucionais expressas de criminalização, atua como “sinal verde”¹⁴⁸ ao legislador penal. Neste ponto, poder-se-ia inclusive afirmar tratar-se de área de “indisponibilidade constitucionalmente imposta do conteúdo do Direito Penal, sem que, por isso, o princípio democrático seja afectado”¹⁴⁹.

2.2. A antevisão dos critérios materiais do delito pelo legislador constituinte

No que mais se refere ao plano penal, a doutrina, em sua grande maioria, tem informado que a Constituição, de fato, teria previamente adimplido certos parâmetros materiais do delito. Neste ponto, argumenta-se que o legislador constituinte já teria antevisto tarefas que, num plano ordinário, caberiam precipuamente ao legislador penal.

¹⁴⁴ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle... op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito... op. cit.*, p. 1147ss.

¹⁴⁶ Cf. PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal... op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁷ Cf. FELDENS, Luciano. “Constituição...” *In Novos...op. cit.*, p. 375.

¹⁴⁸ A expressão é de Luciano FELDENS. Cf. *Direito... op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁹ Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito... op. cit.*, p. 50.

Designadamente, ter-se-ia adiantado o constituinte tanto na aferição da dignidade, como na de carência de tutela penal, subcritérios que informam o conceito de bem jurídico como padrão crítico ao legislador penal.¹⁵⁰

É dizer, “É sob tal contexto que o mandado constitucional 'sobrepotege' o bem jurídico tutelado pela norma penal, garantindo não apenas a legitimidade, mas a própria necessidade constitucional de uma proteção normativa de índole jurídico-penal. (...) em todas essas hipóteses, o constituinte houve por afastar do âmbito de liberdade de configuração do legislador a decisão sobre merecem, ou não, os bens ou interesses violados por essas condutas, a tutela jurídico-penal. Essa decisão já está tomada em nível constitucional. Pode-se afirmar, portanto que a liberdade de configuração do legislador não é absoluta”¹⁵¹. Noutros termos, ter-se-ia baseado o constituinte nos “mesmos critérios de política criminal – merecimento e necessidade de pena – nos quais deve inspirar-se o legislador ordinário em suas escolhas de incriminação”¹⁵². Neste particular, o legislador estaria privado de ulteriores questionamentos.¹⁵³

¹⁵⁰ Sobre os critérios da dignidade e carência de tutela penal, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime.” In: *Revista portuguesa de ciência criminal*. Lisboa, 1992, p. 173ss; cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal : parte geral : tomo I : questões fundamentais : a doutrina geral do crime*. São Paulo: 1.ª ed. Editora Revista dos Tribunais. Coimbra: 2.ª ed. Coimbra Editora, 2007, p. 113ss; cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 80ss, 135ss, 217ss.

¹⁵¹ Cf. FELDENS, Luciano. “Comentário ao artigo 5.º, XLII”. In: *Comentários... op. cit.*, p. 420.

¹⁵² Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio... op. cit.*, p. 112.

¹⁵³ É a posição maioritária da doutrina. Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio... op. cit.* p. 114; cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 26ss; cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 316, nota 872; cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 82ss; cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 138ss; cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle... op. cit.*, p. 64; cf. FLACH, Michael. “Mandados...” In *Revista... op. cit.*, p. 27ss; cf. VIEIRA, Renato Stanzola. “Mandados...” In *Revista... op. cit.*, p. 428. Em sentido diverso, as poucas críticas doutrinárias inserem-se justamente aqui, pelo que cumpre notar. Alguma doutrina crê que, perante uma imposição constitucional expressa de criminalização, o legislador penal não teria de acatar, *prima facie*, a necessidade de tipificação criminal que a norma vincula, isto é, tratar-se-ia, na verdade, de “suposta obrigatoriedade”. Num plano mais amplo, não se aceitaria, portanto, a Constituição como fundamento ao direito penal, a qual deveria, nesta ótica, permanecer em viés clássico, como limite àquele. Partindo-se desta premissa – que apenas enxerga a Carta como limite, e não fundamento ao direito penal -, seria impossível que se procedesse a criminalizações sem que, antes, o critério da necessidade de tutela penal, mais especificamente, fosse exclusivamente aferido pelo crivo do legislador penal, e não do constituinte. É a posição de Janaína Conceição PASCHOAL, para quem as imposições expressas, como meras aspirações constituintes, não estariam, em verdade, atreladas à noção de necessidade de pena previamente aduzida, mas somente à ideia de indicação de criminalização em razão de matérias específicas. Para a autora, “as determinações expressas de criminalização estão relacionadas não à necessidade de tutela penal, mas a fatores históricos e/ou reclamados sociais predominantes quando da elaboração da carta.” Nessa linha, “Assumir que o constituinte já avalia o merecimento e a necessidade de tutela penal, estando, portanto, o legislador obrigado a criminalizar, significa voltar as costas ao necessário caráter material da lei e da própria Constituição, importando ainda a desconsideração dos princípios informadores do Direito Penal mínimo, que, em última instância, pauta-se na necessidade efetiva e não meramente formal da tutela penal.” É dizer, aceitar normas desta índole seria flertar com um autoritarismo

Em que pese a pouca discordância que possa surgir no plano doutrinário acerca da extensão impositiva que as imposições constitucionais expressas de criminalização engendram sobre a atividade legislativo-penal, fato é que são normas constitucionais formais. Subtrair-lhes o aspecto da imperatividade seria, em contrapartida, conferir-lhes o estatuto de letra morta. Argumentar-se pela linha do direito penal mínimo, ao mesmo tempo em que se prescindir da força normativa da Constituição, parece, ao fim, evidente “petição de princípios”¹⁵⁴. Seria, noutros termos, submeter “o comando constitucional às opções de política criminal, ao invés de submeter estas à Constituição”¹⁵⁵.

Ao fim, restaria ao legislador tarefas outras, tarefas complementares que não fossem aferíveis expressamente da norma constitucional. É dizer, ainda que a norma positivada a nível hierarquicamente superior seja pedra de toque à criminalização de condutas - quando, segundo a doutrina, antevê os critérios da dignidade e carência de tutela penal -, fato outro é que o legislador ainda terá ampla margem discricionária no cumprimento do ditame. Isto é, perante o dever concreto de atuar, “o legislador democraticamente legitimado, sem prejuízo das molduras decorrentes do grau de densidade da norma impositiva, nunca actua desprovido

constitucional que engessa a atividade legislativa. “Ora, se se pretende realizar um Direito Penal mínimo, não basta interpretar as determinações constitucionais expressas de criminalização de forma restritiva. Deve-se tomar a tipificação constitucionalmente determinada como possível, podendo sempre o legislador ordinário questionar acerca de sua necessidade e utilidade no cenário social.” Cf. *Constituição... op. cit.*, p. 80ss. Da mesma posição compartilha Rui Carlo DISSENHA. Para o autor, o constituinte teria somente entendido “adequado dar indicações ao legislador de que poderia criminalizar determinadas condutas, mas apenas como compromisso carregado de historicidade.” Ainda, “Se a Constituição se adianta nesse trabalho de escolher bens jurídicos a serem protegidos penalmente, o que é tradicionalmente reservado ao legislador por conta da sua capacidade de arear o Direito com o espírito do novo, então ela vincularia toda a ordem jurídica futura a uma criminalização eterna, tornando o sistema pesado, imutável e, finalmente, não histórico. Mais do que isso, violaria o próprio sentido do Direito Penal como última *ratio* na medida em que não há mais lugar para a subsidiariedade desse ramo do Direito: é ele, agora, a primeira escolha do legislador – é um direito de *prima ratio*.” Enfim, a aceitação das imposições constitucionais expressas de criminalização seria, nessa ótica, caminhar rumo a um direito penal máximo, simbólico e repressivo. “O reconhecimento desses mandados, diferentemente, implica um caráter autoritário, violento e repressivo ao texto constitucional que aponta o Direito Penal, em alguns casos, como primeira arma a ser apontada contra o cidadão” (...) Vê-los no texto constitucional é imaginar que o Estado determina criminalizações porque já reconhece, ‘*ab ovo*’, o constituinte, que o Direito é incapaz de proteger bens jurídicos através de outros instrumentos como, por exemplo, a educação ou políticas de inclusão social. Reconhece o constituinte, assim, de forma arrogante, além da sua incapacidade e da sua obsolescência, a incapacidade do próprio cidadão.” Cf. “Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional.” *In: Revista Ratzes Jurídicas*. Curitiba. v. 4. n.º 2. 2008, p. 344ss.

¹⁵⁴ É a posição de Carlos Gustavo Coelho de ANDRADE, quem tece longo e forte crítica à doutrina dissonante. Cf. *Mandados... op. cit.*, p. 316ss.

¹⁵⁵ Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 183.

da sua liberdade de conformação ao ponto de a sua função perder a marca da decisão política e se transformar numa função secundária ou meramente executiva”¹⁵⁶.

Apesar de não caber ao legislador ordinário a aferição da necessidade de tutela penal, algo “posto”, continua sendo sua tarefa a determinação da mais adequada técnica de tutela a ser conferida. Ou seja, “deixa-se aberta uma via de compatibilidade em relação ao carácter subsidiário e fragmentário do direito penal e ao reconhecimento da capacidade do legislador ordinário para decidir quais aspectos pertencentes ao bem jurídico constitucional devem ser penalmente protegidos, assim como quais atentados podem ser penalmente sancionados, sobre a base de que apenas os bens de maior relevância e os comportamentos mais graves hão de integrar o ilícito penal”¹⁵⁷. Repare-se, inclusive, que a Constituição, via imposições constitucionais expressas de criminalização, somente exige *standards* mínimos de tutela contra as mais graves agressões àqueles mais importantes bens jurídicos.¹⁵⁸ O correto cumprimento, portanto, estará à mercê legislativa.

Em síntese, conquanto exijam a tipificação de condutas, a concreta delimitação dos aspectos específicos deste processo ainda é parte da margem de conformação legislativa, a qual deve, ainda, ser influenciada pelos princípios constitucionais de conformação e não prescindir dos elementos da fragmentariedade do direito penal.¹⁵⁹ Isto é, os “mandados de criminalização, por mais detalhados que sejam, acabam sempre transferindo ao legislador decisões sobre redação do tipo penal, espécies e *quantum* de sanção etc”¹⁶⁰. Nesta toada, pode-se dizer que “O adequado atendimento ao comando constitucional não prescinde da técnica legislativa penal”¹⁶¹.

2.3. Inconstitucionalidade por omissão

Ora, em verdade, a questão parece resolvida quando se adentra propriamente aos mecanismos específicos referentes ao controle de constitucionalidade destas normas. Não faria sentido a Constituição prevê-las se, doutra parte, não pudesse exigi-las. Também

¹⁵⁶ Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2003, p. 30.

¹⁵⁷ Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio... op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁸ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 84.

¹⁵⁹ Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 316, nota 872.

¹⁶⁰ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle... op. cit.*, p. 64ss.

¹⁶¹ Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.*, p. 180.

expressamente, não se descuida a Carta de ressaltar seu caráter impositivo quando, deliberadamente, engendra os mecanismos de controle e as respectivas consequências que informam o controle jurisdicional da Constituição neste peculiar setor.¹⁶²

O descumprimento desta espécie normativa, como não poderia deixar de ser, consubstancia-se, numa primeira linha, na constatação da ausência da devida legislação, na abstenção de um *facere*, ou seja, num comportamento omissivo, o qual, “apesar de passivo, não é de forma alguma neutro”¹⁶³. O legislador, aqui, não afronta a Constituição porque a desrespeitou através de uma lei que promulgou, mas porque deixou de cumpri-la mediante uma abstenção desta atividade. Em flagrante inércia, não procedeu à promulgação de leis a dar cumprimento à Constituição. “Por conseguinte, a inércia do *legislador* somente ganha relevância jurídica - e, portanto, consequências - quando precedida por um dever de agir (ou de *legislar*) constitucionalmente imposto. Este, por sua vez, decorre de uma norma *mandamental*, que, ao exigir um concreto ato legiferante (no caso em estudo, a emissão de uma lei criminalizadora), torna censurável a inércia do legislador”¹⁶⁴.

Repare-se, pois, que quando se fala em norma impositiva – como o são as imposições constitucionais expressas de criminalização -, deve-se referir, afinal, àquela que prevê um dever concreto e determinado que, caso descumprido, ensejará a inconstitucionalidade por omissão¹⁶⁵. É dizer, a possibilidade de descumprimento que a própria Constituição prevê assenta justamente no “*pressuposto da superioridade formal e material da constituição relativamente à lei ordinária*. A lei constitucional impõe-se como determinante heterónoma superior e como parâmetro de constitucionalidade não só quando o legislador actua em desconformidade com as normas e princípios da constituição como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a *concretização* da lei fundamental”¹⁶⁶.

Assim, “O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples «não fazer», a um simples «conceito de negação». Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado”¹⁶⁷. Ou seja, “O conceito jurídico de omissão legislativa

¹⁶² Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 64.

¹⁶³ Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever... op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁴ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle... op. cit.*, p. 81ss.

¹⁶⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito... op. cit.*, p. 1172ss.

¹⁶⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito... op. cit.*, p. 919.

¹⁶⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito... op. cit.*, p. 1033.

constrói-se, assim, a partir da justaposição de um elemento material – a inércia ou inactividade do órgão legislativo – e de um elemento formal – a violação de um dever de actuação legislativa, que atesta sua antijuridicidade”¹⁶⁸.

A omissão legislativa, no plano das imposições expressas, dá ensejo à lacuna técnica. "É dizer: ela não é aferida em face do sistema constitucional em bloco, mas em face de uma norma constitucional específica, cuja exequibilidade é dependente de integração normativa. Só é possível falar em inconstitucionalidade por omissão quando há o dever constitucional de atuação." (...) "É de pressupor, portanto, a existência de uma imposição constitucional ou ordem de legislar, abstrata ou concreta, mas forçosamente definida em norma certa e determinada"¹⁶⁹, o que não obsta, ao final, que a omissão, ainda que atrelada à específica norma de eficácia limitada, gere uma infração ao ordenamento jurídico como um todo. Repare-se, inclusive, que “A inconstitucionalidade por omissão apresenta-se, pois, como uma realidade bifronte. Se, por um lado, ela é o incumprimento de uma obrigação constitucional do legislador, por outro lado, ela é também o resultado objectivamente produzido na ordem normativa por esse mesmo incumprimento”¹⁷⁰.

Quanto aos critérios de controle, primeiro é preciso que se esteja, por óbvio, perante normas constitucionais que emitam ao legislador um comando criminalizador. A seguir, é preciso que se constate que a tarefa foi inadimplida, ou seja, que não houve a promulgação da lei exigida. Por fim, e ulteriormente, será ainda preciso verificar se o adimplemento foi correto, isto é, se o legislador, procedendo ao cumprimento, mesmo assim não incidiu em constitucionalidade.¹⁷¹

2.3.1. O contexto brasileiro

Neste plano, falam-se em instrumentos jurídicos específicos a dar margem à eventual declaração - por parte do STF, a cargo da tarefa do controle de constitucionalidade - de inconstitucionalidade por omissão decorrente do descumprimento de ordens de legislar em sentido amplo. No Brasil, dois são os instrumentos constitucionais capazes de gerar esta

¹⁶⁸ Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever... op. cit.*, p. 11ss.

¹⁶⁹ Cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão... op. cit.*, p. 132.

¹⁷⁰ Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever... op. cit.*, p. 13.

¹⁷¹ Cf. SCALCON, Raquel. *Controle... op. cit.*, p. 77.

declaração. São eles a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)¹⁷², parte do controle abstrato de constitucionalidade, e o Mandado de Injunção (MI)¹⁷³, mecanismo de controle concreto de constitucionalidade.¹⁷⁴

2.3.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ADO - que como indica a doutrina, teve inspiração no instrumento português de inconstitucionalidade por omissão¹⁷⁵ - é destinada a suprimir lacunas inconstitucionais presentes no ordenamento jurídico, busca impelir os Poderes constituídos, portanto, à ação. Nesta linha, este instrumento instaura um processo de caráter objetivo e abstrato cuja finalidade última será afastar lacunas inconstitucionais e cumprir os preceitos da Carta. Não busca, pois, garantir a ninguém a concreta fruição de direitos subjetivos. Em sentido diverso, não possibilita o usufruto imediato daquela prestação, mas somente destina-se a advertir o órgão omissor para que proceda à tarefa faltante.¹⁷⁶ Este, pois, é o instrumento apto à aferição da omissão inconstitucional no caso de imposições expressas de criminalização. Como normas de eficácia limitada, dependentes do atuar legislativo – em respeito à legalidade penal – nunca poderiam ser satisfeitas pelo próprio Tribunal.

Como consequência jurídico-política expressamente afirmada, a Constituição prevê a simples ciência - pelo STF, da declaração aferida de inconstitucionalidade - ao órgão inerte, a fim de que este supra a omissão. A exortação judicial, nos casos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, apenas deverá atestar, portanto, a mora do legislador penal omissor perante imposições expressas de criminalização.¹⁷⁷ Em verdade, nestes casos,

¹⁷² No plano constitucional, a ADO é disciplinada pelo art. 103, § 2.º, da CRFB. Seu tratamento infralegal é disposto na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

¹⁷³ O MI é consagrado a nível constitucional, no art. 5.º, LXXI, CRFB, portanto, parte integrante do rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, próximo, inclusive, das imposições constitucionais expressas de criminalização encontradas no art. 5.º Sua disciplina infralegal é informada pela Lei 13.300, de 23 de junho de 2016.

¹⁷⁴ Sobre os instrumentos, na doutrina portuguesa, cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever... op. cit.*, p. 98ss.

¹⁷⁵ Em Portugal, a matéria é disciplinada pelo art. 283, CRP. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito... op. cit.*, p. 1033ss; cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever... op. cit.*, p. 139ss.

¹⁷⁶ Cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão... op. cit.*, p. 154.

¹⁷⁷ Veja-se a assemelha ao instituto português. Ambos os instrumentos suscitam o exercício da jurisdição concentrada no respectivo órgão responsável - TC e STF - e permitem decisões com eficácia *erga omnes*, limitando-se o controle a questões puramente abstratas. Ainda, sobre a solução que preveem: "Nos dois sistemas, a solução é idêntica: verificada a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, deve a Corte Constitucional cientificar o órgão competente a fim de proceder à regulamentação necessária. É dizer: a decisão

a formal declaração da mora, pelo Tribunal, torna clara a incumbência do legislador na questão, mas, a par destas consequências abstratas, ao Tribunal não restam outras opções práticas, justamente em razão do princípio da legalidade. Não prevê a Constituição prazo para que se supra a lacuna e nem sanções mais rigorosas ou específicas, pelo que, de fato, é forçoso reconhecer que, além da ciência da omissão ao Parlamento, da exortação, o descumprimento de imposições constitucionais expressas de criminalização, no cenário brasileiro, “não acarreta, em caso de procedência da ação, nenhuma outra consequência de ordem prática”¹⁷⁸.

Portanto, quanto ao mecanismo, não se poderá falar numa “*panacea*” para as inatividades legislativas, ainda mesmo que a imposição de criminalização advenha da Constituição. Veja-se que a solução conferida ao instrumento pelo mesmo constituinte não é capaz de satisfazer plena ou individualmente as tarefas impostas. Todavia, como ventilado, não por acaso. Esta é a solução que se enquadra tanto no princípio da legalidade, como no princípio da separação de poderes. Aqui, a sanção político-constitucional deve agir meramente como “estímulo” ao órgão parlamentar, como advertência destinada a impelir a ação do legislador na colmatação do vácuo inconstitucional.¹⁷⁹

Das imposições constitucionais expressas de criminalização destacadas no contexto da CRFB, pode-se dizer que, até o presente momento, o legislador penal brasileiro encontra-se em omissão inconstitucional total pelo descumprimento dos artigos 5.º, XLIV, e 7.º, X. Não há, por pressuposto, lei ordinária criminalizante das condutas enunciadas pelo constituinte, mesmo após mais de trinta anos da promulgação da CRFB. Situação que figura, com efeito, como clara irracionalidade legislativa em matéria penal. Não no momento da feitura da lei – já que ela inexistente – mas no ponto do retardo deliberado por parte legislador

prolatada em tais casos será meramente declaratória e nunca constitutiva, uma vez que a Corte não pode criar as normas faltantes ou mesmo pronunciar o modo pelo qual a omissão legislativa será suplantada.” Entretanto, também comportam dessemelhanças. Note-se, por exemplo, que o rol de competentes à proposição da ADO é deveras mais amplo quando em comparação com o rol previsto pela norma portuguesa. Cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão... op. cit.*, p. 154ss. Ademais, ao contrário do que estabelece a CRP, que restringe o cabimento dessa específica ação expressamente às omissões legislativas, a omissão, nos casos de ADO, pode ser tanto normativa como não-normativa. Isto é, a omissão pode decorrer da falta de ato tanto do Parlamento, como do Executivo. Cf. TAVARES, André Ramos. “Os instrumentos judiciais específicos de combate à omissão inconstitucional no Brasil e sua contextualização socioeconômica.” *In: Omissão inconstitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018, p. 15ss.

¹⁷⁸ Cf. TURESSI, Flávio. “*Bens jurídicos...*” *op. cit.*, p. 178ss.

¹⁷⁹ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 163ss.

comum.¹⁸⁰ Neste cenário, parece completamente viável que a ADO seja legitimamente utilizada para este propósito.¹⁸¹

2.3.1.2. Mandado de Injunção

Em relação ao MI, é de caráter concreto e destinado à tutela de direitos que reclamam regulamentação. Pressupõe um nexo de causalidade entre a omissão legislativa e o direito, a liberdade ou prerrogativa constitucional inviabilizados. Ou seja, opera concretamente no âmbito demarcado pela relação de causa e efeito. Pode ser impetrado por qualquer pessoa - física ou coletiva, nacional ou estrangeira - desde que seja titular daqueles direitos ou prerrogativas constitucionais carentes de ulterior regulamentação.¹⁸² No tocante à sua regulamentação legal, destaca-se que a Lei 13.300/2016 tem como ponto de fundamental importância a definição da conduta que deve ser assumida pelo STF em caso de declaração da mora legislativa, isto é, quais os efeitos possíveis ao MI, o qual, sublinha-se, não é apto ao controle omissivo de imposições constitucionais expressas de criminalização, ainda que viável ao controle omissivo relativo a outras ordens de legislar.¹⁸³

¹⁸⁰ A irracionalidade da qual se fala pode ter causa na falta de um consenso político quanto ao problema – o que não parece o caso – ou de um claro desinteresse do legislador em tratar o problema - situação que parece neste quadrante melhor se encaixar. Veja-se que certa irracionalidade será concretizada com eventual promulgação de lei cumpridora das imposições. Após mais de trinta anos desde o comando constitucional, não poderá, de fato, compensar os anos de atraso. Outrossim, provavelmente, a lei nascerá já anacrônica, isto, é, dentro de um contexto social talvez já transformado. Pode ser que os problemas sejam outros. De fato, há, aqui, verdadeiro exemplo de desrespeito às normativas constitucionais, que permanecem preservadas em sua eficácia limitada. Os argumentos são tecidos por Raquel Lima SCALCON no contexto, designadamente, do art. 7.º, X, CRFB. Cf. SCALCON, Raquel Lima. "Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal." *In: Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal / organização Fábio Roberto D'ávila...* [et al.]. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 397ss.

¹⁸¹ A doutrina corrobora a ideia, sobretudo no que toca ao art. 7.º, X, CRFB. Cf. SCALCON, Raquel. *Controle...* *op. cit.*, p. 82ss; Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados...* *op. cit.*, p. 269ss; Cf. TURESSI, Flávio. "*Bens jurídicos...*" *op. cit.*, p. 180.

¹⁸² Cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão...* *op. cit.*, p. 183ss.

¹⁸³ Referida lei prevê, em seu art. 8.º, algumas alternativas em caso de reconhecimento da omissão. (i) "*determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora*", ou (ii) "*estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado*". Embora estabeleça a lei, ainda, que, em regra "*A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.*" (art. 9º, *caput*), dispõe que, excepcionalmente "*Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.*" (art. 9º, § 1º). Neste ponto, cumpre notar as principais ideias que inspiraram a regulamentação legal do MI nestes moldes, já que serão de grande valia no decorrer do trabalho.

A lei, que veio a regulamentar o MI - quase 30 anos após a promulgação da CRFB - foi substancialmente informada, como ver-se-á, pela jurisprudência desenrolada no seio do STF, o qual ficara incumbido, na ausência de regulamentação legal, a desenvolver as questões. Devido à grande quantidade de exemplos que demonstram a evolução da posição do STF acerca dos efeitos do MI em sua jurisprudência, opta-se pela simples exposição sintética de algumas posições nos principais casos destacados pela doutrina. E adverte-se, nenhum caso, como de se esperar, referiu-se à matéria criminal. O MI, de fato, carecia de regulamentação própria até 2016 e, quanto aos efeitos que lhe cumpriam, pouco se sabia, restando à Corte pincelá-los. Foram quatro, na categorização de Arthur Maximus MONTEIRO, as posições doutrinárias que se formaram em relação aos possíveis efeitos: (i) posição não concretista: teria solução semelhante à ADO, isto é, o reconhecimento de mora do legislador e a cientificação do Congresso para que adotasse as medidas necessária; (ii) posição concretista individual direta: da omissão poder-se-ia permitir ao Tribunal a criação de norma aplicável ao caso concreto, com efeito *inter partes*; (iii) posição concretista geral: em face da omissão, o STF poderia produzir uma norma de caráter geral e abstrato - com efeito *erga omnes* - até que sobreviesse lei autônoma pelo Congresso; (iv) posição concretista individual intermediária: com o reconhecimento da mora, o STF determinaria um prazo para que o ente legislativo competente suprisse a lacuna. Com o fim do prazo e sem o cumprimento, o Tribunal poderia produzir a norma faltante aplicável ao caso concreto, apenas. Vejamos excertos da *praxis*. Primeira manifestação jurisprudencial que aqui pertine refere-se ao MI 107/DF, julgado em 21 de novembro de 1990, no qual se requeria a regulamentação do art. 42, § 9º, da CRFB. Neste, fora decidido pelo STF que o efeito do MI deveria restringir-se à cientificação do Congresso Nacional para que tomasse as medidas necessárias. Mesmo tratando-se de caso concreto, o STF entendeu não poder regulamentar a norma faltante. A princípio, assim como na ADO, o MI poderia, portanto, somente exortar o poder legislativo a suprir a omissão. O STF passa, entretanto, a mudar de posicionamento. No MI 283, julgado em 20 de março de 1991, buscava-se a regulamentação do art. 8.º, § 3.º, inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), na CRFB. O STF optou pelo estabelecimento de prazo para o afastamento da mora e, caso permanecesse o legislador omissor, facultar-se-ia ao titular do direito obstado o ajuizamento de ação em face do Estado com o fito de obter indenização, por perdas e danos, em decorrência da omissão. No MI 232, julgado em 2 de agosto de 1991, pleiteava-se a regulamentação do art. 195, § 7.º, CRFB, que versa sobre imunidades tributárias. Novamente, fora estabelecido um prazo, de seis meses. Todavia, com certo “avanço”. Aqui, transcorrido o prazo sem regulamentação pelo legislador, o requerente poderia gozar da imunidade requerida imediatamente. No MI 543/DF, julgado em 26 de outubro de 2000, versou-se sobre a regulamentação do art. 8, § 3.º, da ADCT. Aqui, o STF entendeu, por exemplo, que seria assegurado, de plano, o exercício, na forma da legislação comum, do direito à reparação de natureza econômica, independentemente de comunicação da mora ao Congresso. Isto é, não seria preciso constituir o Congresso em mora e conferir-lhe tempo para que, só depois de transcorrido o prazo e na ausência de regulamentação, poder-se permitir o ajuizamento de ação reparatória. A viragem paradigmática, contudo, dá-se nos julgamentos dos MIs 670, 708 e 712. No ponto, o STF alterou seu entendimento abruptamente ao expandir os efeitos do MI. Alguns específicos sindicatos objetivavam assegurar o direito de greve a seus filiados pela regulamentação do art. 37, VII, CRFB, o qual versa sobre a greve dos servidores públicos, à época não regulamentada. A solução encontrada foi a aplicação, por analogia, da lei de greve dos empregados privados (Lei 7.783, de 28 de junho de 1989). Isto é, o STF foi além do que se poderia, à época, prever em sede de controle concreto de constitucionalidade quando estendeu os efeitos do MI à eficácia *erga omnes*, ou seja, aplicou, por analogia, lei anterior a todos os empregados e servidores públicos, e não somente aos autores imbricados na ação. Com o giro jurisprudencial, não deixou de levantar indagações sobre os limites de sua atuação. Poder-se-ia esperar, pela prévia jurisprudência, é verdade, a regulamentação pela Corte, daquele caso, mas de maneira concreta, restrita às partes. Noutros termos, poder-se-ia, no máximo, esperar uma postura concretista individual direta, mas não a posição concretista geral. Neste ponto, parece o STF ter agido como legislador positivo, ainda que em matéria extrapenal. É esta também a posição de Arthur Maximus MONTEIRO, cuja digressão sobre o tema dá luz a do presente trabalho. Cf. *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 176ss. Não obstante, a doutrina não é unânime em relação às críticas e analisa a evolução histórico-jurisprudencial do tema no STF sob vários ângulos, que não merecem ser olvidados. Cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão... op. cit.*, p. 200ss. Ainda, cf. TAVARES, André Ramos. *Os instrumentos...*, *op. cit.*, p. 28ss.; cf. CARVALHO, Erick Beyruth de. *As v(e)ias abertas do constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado das omissões inconstitucionais.*, p. 57ss; cf. CHADDAD, Maria Cecília Cury; PIOVESAN, Flávia. *Mandado de injunção: balanço jurisprudencial e impacto da Lei n.º 13.300/16.*, p. 96ss; cf. ABOUD, Georges. *Os efeitos do mandado de injunção coletivo.*, p. 113ss; cf. GAMA, Marina Faraco Lacerda; NÓBILE, Aline Carvalho. *Além do 'legislador negativo' ou 'positivo': um caminho para a efetividade da Constituição.*, p. 178ss. *Todos*

Pode-se dizer, enfim, que o MI é instrumento de defesa de direitos subjetivos, enquanto que a ADO é instrumento de tutela do direito objetivo. A sentença proferida em sede de MI possui natureza constitutiva, com efeitos, em regra, restritos às partes envolvidas na relação. Já a sentença prolatada em ADO tem estritamente natureza declaratória e eficácia *erga omnes*. Serve, assim, à notificação ao órgão competente para que adote as devidas providências, a fim de conferir plena eficácia às normas constitucionais e suprir, em derradeiro, aquela lacuna inconstitucional.¹⁸⁴ Seja como for, no plano do controle constitucional da omissão legislativa perante imposições constitucionais expressas de criminalização, por força dos princípios da legalidade e da separação de poderes, a única solução legítima que se encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, caminha na linha da simples exortação ao ente legislativo.

2.3.1.3. Caso prático: “Homotransfobia”

O tema das imposições constitucionais expressas de criminalização colocou-se de forma emblemática perante o STF no ano de 2019. No julgamento do MI 4.733¹⁸⁵, em conjunto à ADO 26, requereu-se a “*criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica)*.”¹⁸⁶

As ações caminhavam no mesmo sentido. A criminalização seria supostamente necessária já que as condutas “homotransfóbicas” seriam reconduzíveis, primeiro, ao inciso XLII, do art. 5, CRFB – como condutas apreensíveis no conceito de racismo social, com

In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.

¹⁸⁴ Em semelhante sentido, cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão... op. cit.*, p. 211ss.

¹⁸⁵ Note-se que o MI fora, em 2013, não conhecido, monocraticamente, pelo Ministro Ricardo Lewandowsky, para quem seria caso de “inviabilidade da via injuncional”. Isto é, não havia direito subjetivo à criminalização de condutas - como requereu-se - que fosse consagrado pela CRFB, aplicável ao caso e carente de regulamentação. Todavia, fora interposto Agravo Regimental com o fito de afetar a decisão ao plenário. Assim, o MI fora, em 2016, reconsiderado e, ao final, restou acoplado à ADO 26, para julgamento em conjunto. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º 4.733. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, decisão de 23/10/2013. Diário da Justiça da União, 25 de outubro de 2013.*

¹⁸⁶ Ambas as peças exordias estão disponíveis em: «<https://independent.academia.edu/PauloIotti>». Acesso em 24 de maio de 2020.

base no precedente *Ellwanger* - e, subsidiariamente, ao inciso XLI, do mesmo artigo. Os pedidos caminharam na seguinte linha: (I) que fosse declarada a mora do Congresso Nacional com base nas imposições constitucionais expressas dos incisos XLII e XLI, art 5.º, CRFB; (ii) de forma cumulativa, que fosse fixado prazo razoável para que o Congresso aprovasse a legislação específica, a sugerir o prazo de um ano; (iii) ainda, se transcorrido aquele prazo, e sem a legislação advinda, requereu-se que aqueles crimes fossem tipificados pela própria Corte - por troca de sujeito e frente à inércia do legislador - como forma de dar cumprimento às ordens constitucionais. Neste plano, ofereciam-se duas opções de criminalização ao STF: a) a inclusão daquelas condutas, de forma temporária e por analogia, à Lei do Racismo, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 - que dá cumprimento ao inciso XLII -, enquanto não adviesse legislação específica pelo Parlamento, ou, b) subsidiariamente, a tipificação, pelo próprio STF, dos atos “homotransfóbicos”, da forma que achasse adequada. (iv) Por fim, que fosse fixada a responsabilidade civil do estado e a correspondente indenizações às vítimas daqueles males da omissão legislativa.

No que mais interessa, alegava-se noutros termos, a omissão inconstitucional parcial do legislador perante o inciso XLII, já que, segundo o precedente *Ellwanger* - que teria cunhado uma nova acepção de “racismo” constitucional consubstanciado no inciso em tela -, a Lei do Racismo, que dá cumprimento ao dispositivo, deveria ser, agora, uma espécie de lei antidiscriminação em sentido amplo, inclusive pelo fato de ter o legislador incluído, pela Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, outras formas discriminatórias. Daí decorrer que, nesta ótica, as condutas discriminatórias com base em sexo e gênero estariam fora da proteção exigida pelo “novo” inciso XLII e, por consequência, pela “nova” lei geral antidiscriminação. Subsidiariamente, requereu-se, ainda, que aquelas condutas fossem apreensíveis pelo art. 5º, XLI, que também, segundo as alegações, seria imposição constitucional expressa de criminalização neste sentido visado.

O voto¹⁸⁷ condutor da ADO é de relatoria do Ministro Celso de Mello. Para o Ministro, amparado na doutrina, o inciso XLI seria verdadeira imposição constitucional expressa de criminalização, e não mecanismo de proteção extrapenal. Imporia ao legislador

¹⁸⁷ Fora opção do presente trabalho, de forma sintética, apresentar o conteúdo essencial dos votos que informam o julgamento, ora em análise, no que mais interessa ao tema. Isto é, serão abordadas, máxime, as questões já previamente aventadas para que se possa, ao final, aferir uma racional congruência, ou pelo contrário, um completo descompasso com o que até agora afirmou-se em sede de imposições constitucionais expressas de criminalização. Todos os votos, na íntegra, estão disponíveis junto ao Acórdão do julgamento. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão n.º 26. Relator: Min. Celso de Mello. Pleno. Brasília, decisão de 13/06/2019. Diário da Justiça da União, 06 de outubro de 2020.*

um sistema protetivo eminentemente criminal. Para o Ministro Edson Fachin, encarregado da relatoria do MI, o inciso XLI também seria imposição expressa, inclusive, norma tópica, gênero das imposições subsequentes. Ainda, o inciso deveria ter leitura à luz dos tratados internacionais, que refletiriam verdadeira imposição de criminalização no âmbito da discriminação de sexo e gênero. Para o Ministro Alexandre de Moraes, a peculiaridade da norma do inciso XLI, como imposição expressa de criminalização, era inconteste. Sua posição tópica seria o indicador da proteção penal, já que inserida no núcleo penal do art. 5.º, CRFB. Não obstante, uma interpretação “lógica e teleológica” permitiriam aferir o padrão protetivo penal, o qual, segundo o Ministro, já vinha sendo adotado pelo próprio legislador no cumprimento de normas semelhantes.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por seu turno, inferiu que, de fato, as condutas “homotransfóbicas”, como discriminações atentatórias a direitos fundamentais, seriam subsumíveis ao inciso XLI. Todavia, seu excerto “a lei punirá” seria, para o Ministro, deveras amplo, ou seja, não indicador da exclusividade criminal. Nesta linha, expõe três fatores que, a seu ver, justificavam a proteção pelo meio penal. (i) o primeiro fator seria a existência de sistemática violência em relação à minoria e aos importantes bens jurídicos em questão; (ii) outros grupos minoritários já gozavam de proteção penal, como seria exemplo a Lei de racismo. (iii) As próprias leis estaduais que preveem a punição administrativa no setor teriam revelado insuficiência protetiva. Para a Ministra Rosa Weber, tratar-se-ia o dispositivo em comento de evidente comando emitido pelo constituinte ao legislador - de criminalização de condutas, traduzido no excerto “punirá”. Para o Ministro Luiz Fux, o inciso XLI seria gênero, enquanto o inciso XLII seria espécie. Ressalta, porém, que, mesmo que termo genérico, haveria omissão inconstitucional específica à criminalização sempre que a proteção exigida fosse a penal, em relação razoável. No caso, se no inciso XLII, espécie, especifica-se, por exemplo, a raça humana, o inciso XLI também deveria abranger, inevitavelmente, condutas “homotransfóbicas”.

Para o Ministro Ricardo Lewandowsky – e para o Ministro Dias Toffoli, que o acompanhou integralmente –, a criminalização de condutas discriminatórias não seria só um passo importante, mas obrigatório. O inciso XLI, pois, seria cristalino no sentido de imposição expressa de criminalização neste sentido. Para o Ministro Marco Aurélio, voto destoante, retirar da norma do inciso XLI uma imposição, ao legislador, de criminalização de condutas seria dar um passo demasiadamente largo. A norma teria, a seu ver, caráter

pragmático e relativa amplitude semântica. Nessa linha, o excerto “punirá” seria somente gênero, enquanto que “criminalizará”, uma das diversas espécies. Portanto, no ponto, segundo o Ministro, estar-se-ia perante a possibilidade de previsão de sanções estranhas ao campo penal.

Veja-se agora o posicionamento da Corte a respeito do inciso XLII, em relação ao qual estaria o legislador supostamente em omissão parcial. No voto condutor do Ministro Celso de Mello, o inciso XLII é, por alguma razão, relacionado ao XLI como imposição expressa destinada a dispensar efetiva tutela aos valores fundamentais como um todo, e não somente a questões de raça ou cor. A seguir, refere-se ao caso *Ellwanger*. Neste caso, segundo o Ministro, a Corte teria expandido o conceito de “racismo”, do inciso XLII, para abranger outras condutas discriminatórias, não necessariamente condizentes com raça ou cor. Como visto, esta foi a forma de o STF, implicitamente, confirmar a ampliação legislativa referente à Lei do Racismo - que dá cumprimento àquele inciso -, pela qual incluiu o legislador outras formas de discriminação, como em razão de religião etnia e procedência nacional, agora passíveis de imprescritibilidade. Assim, para o Ministro, a definição de racismo social abarcaria as discriminações por sexo e gênero. O legislador estaria, neste particular, parcialmente omissor. Este entendimento fora, ao fim, acompanhado em totalidade pela ampla maioria.

Acordou, por fim, o STF, por maioria, para conhecer parcialmente a ADO e, no que toca ao MI, por maioria, conhecê-lo - vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitiu a via mandamental - no sentido de afirmar o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional no cumprimento das imposições constitucionais expressas de criminalização, tanto do inciso XLII, como do inciso XLI, do art. 5º, da CRFB, para, por conseguinte, cientificar-se o legislador para que procedesse à colmatação da lacuna. Assim, (i) considerou-se, primeiro, que aquelas condutas se qualificam como espécies do gênero racismo constitucional – com base na noção de racismo social consagrada no precedente *Ellwanger* -, portanto enquadráveis na imposição expressa do inciso XLII. (ii) Ainda, que tais comportamentos, subsidiariamente, ajustar-se-iam ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais, isto é, ao inciso XLI.

Entretanto, e aqui está a questão, o STF decidiu, ademais da declaração da mora e da cientificação do Congresso – dúvida -, a dar “interpretação conforme” à Constituição, em face de referidas imposições expressas, isto é, enquadrar as condutas “homotransfóbicas”

nos diversos tipos penais definidos pela Lei nº 7.716/89, Lei do Racismo, até que sobreviesse legislação autônoma editada pelo Parlamento, como fora requerido inicialmente pelas ações. Para o STF, isto era justificável, no plano substancial, na medida em que aquelas condutas seriam, nesta ótica, formas contemporâneas de racismo e, portanto, subsumíveis à tipificação penal presente na lei já existente.

Para o Ministro Celso de Melo, por exemplo, o núcleo do art. 20¹⁸⁸, da referida lei, seria genérico e de caráter "proteiforme". Portanto, qualquer discriminação seria ali enquadrável como prática de "intolerância racial". É dizer, pela interpretação, estar-se-ia interpretando o temo infralegal "raça" segundo à Constituição, expandindo-o para, ao fim, permitir a subsunção de condutas "homotransfóbicas" aos diversos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/89, já que seriam também condutas racistas, compreendidas em sua dimensão social: o denominado racismo social.

Para o Ministro Luiz Fux, por exemplo, não se estaria criando crime sem lei. O simples reconhecimento de que os tipos penais de racismo - previstos prévia e expressamente por lei - poderiam abranger outras discriminações não seria afronta à reserva de lei. Isto é, a Lei do Racismo, cuja nova interpretação fora reconhecida no caso *Ellwanger*, estaria recheada de normas dotadas de plasticidade. Assim, mais bem entendida seria como lei geral antidiscriminação, a prever práticas atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, sobretudo de grupos estigmatizados, motivadas por qualquer discriminação que seja. Posicionamento semelhante foi o do Ministro Gilmar Mendes, para quem, de uma leitura constitucional da Lei do Racismo, observar-se-ia que o legislador não teria logrado concretizar, *in totum*, a imposição de criminalização. Na verdade, a Lei do Racismo seria "cláusula integral de proteção social em face de práticas discriminatórias de todo gênero", inclusive podendo ser depreendida diretamente do art. 5º, XLI, e não somente do XLII.

No tocante à artimanha "técnica" que deu suporte a que o STF procedesse à tipificação temporária de condutas, por analogia, veja-se, no fundo, que o pretexto utilizado, pelo STF - a fim de proceder como legislador positivo - está intimamente associada à evolução jurisprudencial da mesma Corte e aos efeitos previstos pela Lei 13.300/16 em relação ao MI, o qual, por algum motivo, fora julgado em conjunto à ADO, no plano de imposições constitucionais expressas de criminalização. A tipificação temporária de

¹⁸⁸ Art. 20. "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional."

condutas, pela “interpretação conforme” realizada pela Corte, foi justificada como legítimo efeito depreendido pelo manejo do MI, é dizer, fora a solução *erga omnes* que encontrou o Tribunal, agora legalmente permitida. Ainda que, é verdade, a lei permita uma posição concretista, inclusive geral, aos efeitos do MI, fato é que, forma ou outra, em matéria de imposição constitucional expressa de criminalização, o desenvolvimento necessário a conferir plena eficácia à norma constitucional não é outro senão ulterior *interpositio legislatoris*. E, em matéria criminal, vige a regra da reserva de lei pelo Parlamento.

Para Ministro Celso de Mello, nesta linha, seria caso de ressaltar a evolução jurisprudencial do STF, principalmente os MIs 670, 708 e 712 - sobre a greve dos servidores público -, no sentido de afirmar que seria possibilitada à Corte, em decorrência destes, a formulação de solução jurisdicional que viabilizasse temporariamente a aplicação da norma constitucional de eficácia limitada. O Ministro Edson Fachin, relator do MI, também não prescindiu de fazer referência à evolução jurisprudencial e ao julgamento da greve dos servidores públicos. Não obstante, diz ser possível a atuação concretista da Corte, já que, inclusive, é a solução prevista pela lei que regulamenta o tema. Não obstante, afirma que mesmo envolvendo matéria penal, isto não seria, aqui, um problema, não devendo o STF limitar-se à simples cientificação congressional.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, seria desejável, em circunstância normais, fixar um prazo ao Congresso e, somente no caso de permanência omissiva, determinar a integração da ordem jurídica pela definição de norma regente da matéria. Porém, tratava-se, ali, de caso atípico, no qual o processo político majoritário não teria satisfeito o comando constitucional, algo que justificaria a tipificação por analogia. Para o Ministro Luiz Fux, haveria possibilidade de sentença aditiva no caso. A extensão do âmbito de incidência da Lei do Racismo, para abarcar todas as formas de homofobia e transfobia, seria forma viável de sentença aditiva, lastreada pela via da “interpretação conforme”, com o fito de sanar a omissão inconstitucional do legislador. Foi a mesma posição do Ministro Gilmar Mendes, para quem, expressamente, a postura aditiva da Corte seria absolutamente necessária ante a debilidade das políticas criminais. As decisões sobre a greve dos servidores públicos, além da própria Lei 13.300, de 2016, seriam aptos a permitir a regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença de “perfil concretizador e aditivo”.

Posição contrária aduziu, primeiramente, o Ministro Lewandowsky. Apesar de ter reconhecido a mora do legislador em relação ao inciso XLI, do art. 5.º, afirmou que nada

mais poderia a Corte fazer. Não seria viável invocar os precedentes concretistas em matéria de MI, precisamente em razão de uma distinção fundamental a incidir neste caso: a matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta. Para o Ministro Marco Aurélio - que nem sequer entendeu haver omissão legislativa -, referindo-se ao MI, afirmou não haver direito público subjetivo à criminalização de condutas, isto é, a titularidade do poder punitivo seria do Estado, e não dos particulares. A via, portanto, seria incompatível à natureza declaratória que exige a decisão de omissão inconstitucional - em razão da legalidade - face imposições expressas. Em matéria penal, a Constituição, para o Ministro, deveria ser interpretada com ortodoxia, não sendo permitido ao STF esvaziar o sentido literal do texto com fim de dar extensão a tipos penais. Isto é, a Lei nº 7.716/89, Lei do Racismo, não seria passível de interpretação no sentido de contemplar discriminação decorrente de gênero ou orientação sexual. Os tipos penais da lei são – como devem ser – taxativos, e não exemplificativos e desprovidos de significado, ressaltou o Ministro. Assim, "Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela 'orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima' há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Palavras que, no que toca ao até agora exposto, parece fazer voz correta."¹⁸⁹

¹⁸⁹ Para uma ampla digressão doutrinária acerca do julgamento da "homotransfobia", acompanhada de fortes críticas à decisão do STF, cf ANDRADE. Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 109ss. Note-se, ainda, a questão do Inquérito 3.590, com rejeição de denúncia, trazido à baila pelos votos do Ministro Ricardo Lewandowsky e do Ministro Marco Aurélio. No caso, fora oferecida denúncia em desfavor do deputado Marcos Feliciano, o qual nas redes sociais, teria realizado atos discriminatórios em razão de sexo de gênero. Na denúncia, alegava-se que o deputado teria incorrido no art. 20, da Lei. 7.716/89. Isto porque, segundo a acusação - com base no precedente *Ellwanger* -, referida lei deveria abranger, a partir daquele julgamento, atos discriminatórios de qualquer espécie, com assunção no conceito de "racismo social". Veja-se que, neste caso, a 1ª Turma, do STF, por unanimidade, rejeitou a denúncia. O motivo: faltaria a tipicidade da conduta, sendo vedada a utilização da analogia na criação de norma penal. Veja-se, da ementa, "TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual." Repare-se que o Ministro Marco Aurélio, em sede do julgamento da "homotransfobia", manteve seu posicionamento afirmado em sede deste Inquérito, cuja relatoria esteve a seu cargo. Veja-se seu posicionamento primário, "Ocorre que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º." O Ministro Luís Roberto Barroso, por seu turno, asseverou, "Até porque, como Vossa Excelência observou, Ministro Marco Aurélio, a tipificação do art. 20 da lei nº 7.716, desde a sua ementa, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e, em seguida, o art. 20, numa tipificação estrita como próprio, também se refere a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (...) De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita. De modo

2.4. Inconstitucionalidade por ação

Ainda que a teleologia primária desta espécie normativa seja a de criar um vínculo positivo em relação ao legislador, isto é, exigir-lhe uma conduta ativa na tipificação de condutas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, este último efeito e esta última consequência não lhe são exclusivos. Em verdade, o legislador, perante imposições constitucionais expressas de criminalização, poderá também desrespeitar o mandamento constitucional pelas vias da inconstitucionalidade por ação. Por um “agir”, portanto, o legislador, via ação normativa, investe contra o conteúdo dos preceitos constitucionais, deliberadamente atenta contra a própria Constituição.¹⁹⁰

Nesta linha, torna-se, de pronto, vedado ao legislador proceder à despenalização de condutas delituosas tipificadas em cumprimento de imposições constitucionais de criminalização. Noutros termos, a partir do momento em que o legislador cumpra uma imposição expressa pela tipificação de condutas, não poderá, posteriormente, proceder à descriminalização, ou ao decréscimo da ameaça punitiva.¹⁹¹ Trata-se do efeito de vedação ao movimento legislativo contrário pela supressão da tutela.¹⁹² Aduz-se, “Os tipos penais que definem ou venham a definir essas condutas criminosas podem ser alterados, preservando-se o conteúdo essencial dos comandos constitucionais, mas não podem ser extintos. Não é possível revogar uma lei ou artigo de lei que defina um crime objeto de

que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia.” Para a Ministra Rosa Webber, “Conforme Vossas Excelências, forte no princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* e a partir da taxatividade do artigo 20 da lei n° 7.716/89, concluo pela atipicidade da conduta e também aplico o art. 386, III.” No ponto, concluiu-se, portanto, que o caso *Ellwanger* não seria um bom precedente, já que, lá, versou-se somente sobre a imprescritibilidade, e não sobre tipificação analógica de condutas, como afirmado pelos próprios Ministros da 1.^a Turma do STF. Quanto aos tipos penais da Lei do Racismo, seriam taxativos, não extensíveis - literalmente nas palavras dos Ministros - a outras discriminações, como em razão de sexo e gênero. Quanto à mudança radical, em sede de “homotransfobia”, do posicionamento dos dois últimos Ministros referidos, não se vislumbra bem os porquês. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inquérito n.º 3.590. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Brasília, decisão de 12/08/2014. Diário da Justiça da União, 11 de setembro de 2014.*

¹⁹⁰ Cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão... op. cit.*, p. 126.

¹⁹¹ Neste quadrante incluem-se também as imposições que já nascem dotadas de eficácia plena. Isto é, são aquelas que, quando começaram a vigor, não impuseram ulterior *interpositio legislatoris*, ou seja, o tema já era disciplinado no plano criminal. São exemplos, aqui, o art. 13, n.º 4, da CRI, e o art. 5.º, XLIII, da CRFB, sobre o tráfico de drogas.

¹⁹² Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 82ss.

ordem constitucional de criminalização, sem pôr outro em seu lugar. A obrigação de criminalizar implica a proibição de descriminalizar”¹⁹³.

Portanto, possível que seja declarada inconstitucional a norma derogatória da lei penal responsável por cumprir imposição constitucional expressa de criminalização, reprimando-se a norma revogada.¹⁹⁴ Portanto, após um seu cumprimento, a imposição expressa estará dotada de “eficácia paralisante”¹⁹⁵. Sem embargo, neste ponto, inserem-se “leis que deliberadamente promovam a impunidade”. Neste caso, não se trataria propriamente da descriminalização total, mas de uma redução protetiva ilógica e desproporcional. “Imaginemos o exemplo de uma lei que estabelecesse um prazo de seis meses para a prescrição de crime de tortura ou que previsse como causa justificante do estrito cumprimento do dever legal a necessidade e validade de tortura para apuração criminal”¹⁹⁶. Realmente, tais situações seriam irracionais.

Além do mais, argumenta-se que o legislador possa incorrer em inconstitucionalidade por ação também em decorrência de um excesso no cumprimento. Isto é, por mais específicas que sejam, as imposições constitucionais expressas de criminalização exigem, imprescindivelmente, ulterior *interpositio legislatoris* que não prescindam da observância aos princípios e regras constitucionais que informam o desenrolar do restante de discricionariedade que comporta o legislador, a qual, como visto, ainda é certa forma ampla no processo de tipificação. Ou seja, neste ponto, pode ser que invalidades surjam e, por consequência, o legislador penal desrespeite a Constituição por ação.¹⁹⁷

Esta extrapolação seria informada, por exemplo, pela própria coerência do sistema normativo-constitucional como um todo. Exemplo maior refere-se à questão dos crimes hediondos. Se num passado não muito distante esta problemática já fora alvo de declaração

¹⁹³ Para Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES, três razões informam esta proibição: a supremacia da Constituição; a máxima efetividade das normas constitucionais; e a proibição de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais. Por seu turno, a descriminalização destas condutas implicaria um retorno à situação de inconstitucionalidade omissiva em medida diretamente proporcional à redução da eficácia constitucional. Ressalva o autor, contudo, que o legislador não se torna impedido, após dar cumprimento, de alterar o conteúdo da lei que defina aqueles crimes exigidos. As condutas típicas e as sanções, como outros aspectos de política-criminal, podem ser amplamente flexibilizados. O que não pode, afinal, é que o legislador deixe de oferecer a proteção penal. Cf. *Mandados... op. cit.*, p. 165ss.

¹⁹⁴ Cf. TURESSI, Flávio. “*Bens jurídicos...*” *op. cit.*, p. 166.

¹⁹⁵ Cf. FELDENS, Luciano. “Comentário ao artigo 5.º, XLII.” In: *Comentários... op. cit.*, p. 420.

¹⁹⁶ Cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 317.

¹⁹⁷ Cf. SCALCON, Raquel. *Controle... op. cit.*, p. 88ss.

de inconstitucionalidade por ação¹⁹⁸, hoje, a questão ainda se põe, noutros termos. Hodiernamente, indaga-se, e bem, no sentido de se o legislador penal não estaria procedendo ao cumprimento do inciso XLIII, do art. 5.º, da CRFB – no tocante aos crimes hediondos – *ad eternum*, isto é, se não estaria caminhando rumo à expansão penal sem que se possa, contudo, vislumbrar um destino certo. A impressão que se retira de uma análise histórico-evolutiva da Lei dos Crimes Hediondos é esta, de um verdadeiro expansionismo repressivo. Não que esteja o legislador a criar crimes para estes fins, não é essa sua intenção. Entretanto, através da técnica da rotulagem, vem procedendo à larga ampliação do rol da crueldade ao ponto de, em alguns casos, verdadeiramente poder-se duvidar quanto ao legítimo cabimento de certas condutas neste plano, reservado à criminalidade intragável.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Em causa, por exemplo, estava o art. 2.º, § 1º, da Lei dos crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, na redação original. O legislador, deliberadamente, previu, pelo dispositivo referido, expressamente, o cumprimento de pena integralmente em regime fechado àqueles crimes. No HC 82.959, de 23 de fevereiro de 2006, o STF decidiu, por maioria, declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, máxime com base no princípio da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, CRFB). Inclusive, editou o STF a Súmula 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.” BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n.º 82.959 SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Pleno. Brasília, decisão de 03/02/2006, *Diária da Justiça*, 01 de setembro de 2006. Após a decisão, o legislador alterou a lei, pela reforma da Lei nº 11.464, de 2007, prevendo somente o regime inicialmente fechado, com diferentes patamares de cumprimento de pena a fim de a progressão de regime. Na doutrina, cf. FELDENS, Luciano. “Comentário ao artigo 5.º, XLIII”. In: *Comentários... op. cit.*, p. 424ss; cf. FELIX, Yuri; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. *Crimes... op. cit.*, p. 357ss.

¹⁹⁹ Uma primeira rotulação do tema foi oferecida pela Lei 8.072/90, que trouxe em seu art. 1º uma primeira versão deste microsistema. Foram considerados hediondos os crimes de latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; atentado violento ao pudor; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, todos do Código Penal, e o crime de genocídio, da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. O atual panorama fora remodelado pela Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019. O art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos passou a contar com os seguintes delitos: homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte, quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da CRFB, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; roubo: a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima, b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito, c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte; extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum; o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956; o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido; o crime de comércio ilegal de armas de fogo e o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (respectivamente previstos pelos artigos 16, 17 e 18, da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003); e o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

Ainda, figura, não obstante, o Projeto de Lei nº 5.900/203 - de origem no Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 204/2011, autoria do Senador Pedro Tasques e incorporado ao art. 54, do PLS n.º 236/202 (“Novo Código Penal”) - que propõe um severo aumento daquele rol.²⁰⁰ Repare-se que, caso aprovado, ensejaria a entrada no microssistema de crimes contra a Administração Pública, como a concussão e a corrupção, ativa e passiva. De fato, se foi a intenção constitucional a inserção dos crimes mais graves naquele microssistema, não é o que vem se observando. Primeiro, não houve definição. Segundo, a inclusão desta criminalidade no rol daqueles crimes parece flertar fielmente com a incoerência. O peculato é coerentemente comparável ao genocídio? A corrupção passiva deve figurar no mesmo microssistema que comporta o homicídio qualificado e o estupro?

O legislador penal está, neste ponto, a incorrer em inconstitucionalidade por ação perante imposição constitucional expressa de criminalização com base nos postulados de coerência e da proporcionalidade? “Dito isso, pergunta-se: o legislador, ao concretizar a referida imposição de criminalizar, manteve com ela relação de coerência? Noutros termos, o conteúdo da norma inferior (art. 1º da Lei 8.072/90) corresponde ao conteúdo da norma superior (art. 5º, inc. XLIII, da Constituição de 1988)? Ou ainda: o conteúdo da norma superior exterioriza-se no conteúdo da norma inferior? (...) Em síntese: a autoridade legislativa cumpriu, de forma adequada, tal mandato?”²⁰¹ Ficam as indagações.

²⁰⁰ Disponível em: «<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100037>». Acesso em 14 de junho de 2020. O exemplo é trazido por Raquel Lima SCALCON, cf. *Controle... op. cit.*, p. 88ss.

²⁰¹ As questões são colocadas por Raquel Lima SCALCON. Baseada no postulado da coerência - que permite interpretar as normas de um sistema por princípios comuns superiores com o fito de serem harmônicas entre si - a autora conclui por uma grande incoerência do rol dos crimes hediondos. Afere que, por exemplo, os crimes de falsificação, adulteração, corrupção e alteração de medicamentos, assim como - se aprovados - os crimes contra a Administração Pública, deveriam ser expulsos, ou, se o caso, nunca ingressarem naquele rol. Cf. *Controle... op. cit.*, p. 90ss.

CAPÍTULO III – IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITAS DE CRIMINALIZAÇÃO?

3.1. Corolários do direito “vivo”

Analisadas algumas normas constitucionais expressas que, mais especificamente, demarcam um estado deôntico criminalizante sobre o legislador, resta, por fim, perquirir se outras imposições poderiam ser também constitucionalmente depreendidas – implicitamente – do texto constitucional com o mesmo condão de vincular o legislador na proteção penal obrigatória. É dizer, seria possível que, para além do critério literal que as normativas expressas comportam, traçasse-se um aprimoramento da exegese sistemática constitucional, abandonando-se o argumento *ubi lex voluit* e dilatando-se os fatores de influência à atividade legislativa nos mesmos moldes, ou seja, retirando da Constituição, agora implicitamente, outras necessidades imperativas de criminalização?²⁰² Noutros termos, seria possível inferir, “a partir da interpretação teleológica e sistemática e da hermenêutica do texto da Constituição”²⁰³, imposições implícitas de criminalização?

Em verdade, estas supostas imposições, ao contrário das expressas, fazem parte da “Constituição penal em sentido material”, isto é, outras imposições de criminalização que, ainda que implícitas, seriam da Constituição diretamente apreensíveis por consequência da operacionalização das disposições e princípios constitucionais que se influem reciprocamente no complexo da Constituição Penal.²⁰⁴ Invariavelmente, estão em causa, mais uma vez, os direitos fundamentais.

Se a constitucionalização destes direitos marcou, no plano metodológico-formal, as noções de normatividade constitucional em superioridade hierárquica e o ulterior desenvolvimento da jurisdição constitucional, no plano material fora responsável também influir sobre a conformação penal substancial. Ou seja, “Na passagem da Constituição de *limite a fundamento*, também a fundamento) do direito penal é incontornável a evolução trilhada em matéria de direitos fundamentais, o que vale também por dizer que é inevitável a evolução de um *Estado legislativo de direito* onde é dada toda a primazia à lei e,

²⁰² Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 96ss.

²⁰³ Cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 11.

²⁰⁴ Cf. FELDENS, Luciano. “Constituição...” *In Novos...op. cit.*, p. 391ss.

consequentemente, ao princípio da legalidade para um *Estado constitucional* onde a lei tem de se subordinar à Constituição e ao princípio que impõe tal subordinação – ao princípio da constitucionalidade – e onde a lei tem de conviver com a autonomia dos direitos”²⁰⁵.

A supremacia da Constituição, consagrada com a constitucionalização dos direitos fundamentais, como ventilado, implica dizer que inclusive o legislador ordinário encontra-se a ela vinculado na linha da produção normativa consonante suas diretrizes. Afirma-se, entretanto, tanto uma vinculação negativa, como positiva. A princípio, está o legislador limitado por normas negativas de competência. Não lhe é possível atuar em contrariedade à Constituição. No segundo caso, o legislador passa a estar obrigado a conformar a realidade de acordo com a materialidade da Constituição. O que implica dizer, noutras palavras, que o legislador deve realizar as vontades da Carta ao otimizar suas intenções e normatividade.²⁰⁶

Veja-se que a constitucionalização dos direitos fundamentais os consagra sob as vestes de “princípios normativos fundamentais”. Sua indisponibilidade à maioria, por outro lado, é o que permite declarar inválido qualquer ato – formal ou materialmente - contrário a este conjunto de direitos. “Assim, pode-se dizer que, nos modernos Estados constitucionais de Direito, a validade das normas reside na sua conformidade, não apenas formal, mas, também, substancial, às normas de níveis superiores, que não só disciplinam a forma, mas indicam vínculos de conteúdo ao exercício do poder normativo”²⁰⁷.

Passa-se, noutros termos, a poder-se determinar “o que pode ser” direito penal em atenção aos valores fundamentais constitucionalmente consagrados. Inevitavelmente, a teoria das imposições implícitas de criminalização faz parte da “combinação entre intenções normativas formuladas no texto constitucional e o desenvolvimento de princípios e normas constitucionais através dos problemas de interpretação-decisão do Direito Penal.” E, como de alicerce material, esta teoria não poderia deixar e ser corolário do Direito “vivo”, dos problemas suscitados em concreto e que propulsionam o desenvolvimento da Constituição para além de sua compreensão literal e expressa.²⁰⁸

Agora, pelas vias materiais, os direitos fundamentais passam a incumbir o Estado de uma sua proteção. Noutros termos, passam a comportar-se - além da concepção clássica, de cunho absenteísta, que deles não se desprende - também como imperativos de tutela,

²⁰⁵ Cf. ANTUNES, Maria João. *Constituição... op. cit.*, p. 59.

²⁰⁶ Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio... op. cit.*, p. 24.

²⁰⁷ Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio... op. cit.*, p. 26.

²⁰⁸ Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito... op. cit.*, p. 15.

resultado do desenvolvimento dogmático destes direitos no seio da “constituição penal em sentido material”²⁰⁹. Com nascimento jurisprudencial, a teoria do dever de proteção dos direitos fundamentais é base, como será visto, à possível aferição do que veio a se chamar imposição constitucional implícita de criminalização.

É verdade, “Estando em causa bens jurídicos de eminente relevo social, nada mais natural do que chamar para sua protecção o ordenamento sancionatório que conta com os mais severos instrumentos punitivos de que a ordem jurídica dispõe”²¹⁰. Neste ínterim, pode-se mesmo dizer que a coincidência entre o objeto de proteção da Constituição e do direito penal – muitas vezes e nos temas mais importantes - resulta evidente: os direitos fundamentais protegem perante o Estado os mesmos bens que o direito penal protege frente aos cidadãos.²¹¹ Seria possível, entretanto, aferir um dever de proteção *penal* implícito aos direitos fundamentais?

3.2. Dever de proteção aos Direitos Fundamentais

3.2.1. O caso *Lüth*

Primeira decisão jurisprudencial a ser destacada refere-se à Reclamação Constitucional contra decisão judicial *Bverfge 7, 198 (Lüth-Urteil)*, decidida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), Primeiro Senado, em 15 de janeiro de 1958. Um cidadão alemão, *Erik Lüth* - à época dos fatos crítico e diretor de cinema - foi o responsável pela organização de um boicote, supostamente imoral, ao filme lançado, à época, por outro diretor, *Veit Harlan*, antiga celebridade cinematográfica do período nazista. Este, junto a outros, ajuizaram uma ação cominatória em desfavor de *Lüth*. O réu, se condenado, deveria abster-se das expressões. A ação foi julgada procedente neste sentido pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, condenando-se o réu. Em desfavor da condenação, *Lüth* interpôs um Recurso

²⁰⁹ Cf. ANTUNES, Maria João. *Constituição... op. cit.*, p. 61ss.

²¹⁰ Cf. BRANDÃO, Nuno. "Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso." *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I. Direito Penal, 2017. p. 241.

²¹¹ Cf. AMELUNG, Knut. "El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos." *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.), Marcial Pons, 2016, p. 232. Para o autor, a coincidência chega ao ponto, inclusive, de o próprio Estado ser objeto de proteção penal decorrente de imposição expressa pela Constituição, designadamente, pelo art. 26, n.º 1, da LFRFA, de 1949.

de Apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, concomitantemente, uma Reclamação Constitucional. Nesta, alegou-se a violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5 I,1, da LFRFA. Por fim, o TCFA julgou, nesta linha, a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual.²¹²

A questão resumia-se em saber se a norma do direito civil, ainda que supostamente ali aplicável, no sentido da condenação do autor, poderia ter a sua aplicabilidade injustificada pela esfera do direito público, pelo direito constitucional. Ou seja, era preciso saber se os direitos fundamentais emitiriam, ao Estado, um efeito propulsivo, na linha de permear todo o sistema, dele exigindo a conformação, inclusive, dos ramos infralegais em relação aos direitos fundamentais. Nesta ótica, estes direitos seriam normas – ademais de formal – materialmente superiores ao ordenamento infraconstitucional. Neste ponto, os direitos fundamentais seriam “causas normativas superiores de justificação”.

Destaca-se da decisão, “Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. (...) Da mesma forma é correto, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (...), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais. (...) Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. (...) Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação.”²¹³

²¹² Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 381ss.

²¹³ Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 387ss.

Neste ponto, reconhece-se aos direitos fundamentais, pois, um “conteúdo jurídico-objectivo adicional irradiando a toda a ordem jurídica, que condiciona a interpretação das normas jurídicas aplicáveis ao caso e que acrescenta à direcção vertical – Estado/cidadão – das relações jusfundamentais uma eficácia horizontal nas relações jurídicas entre particulares.” Ou seja, daqui resulta que nenhum ramo do direito pode contrariar o sistema de valores oferecido pela Constituição. Mais, toda norma jurídica deve ser interpretada de acordo aos direitos fundamentais.²¹⁴ Nesta linha, portanto, quando, em decorrência da eficácia objetiva - agora inerente aos direitos fundamentais -, estes direitos passam a valer no âmbito particular, exigindo uma atuação estatal neste plano, os direitos fundamentais traçam uma sua aplicação não restrita ao “verticalismo”, mas expansiva ao “horizontalismo”²¹⁵.

Pela primeira vez, pois, estes direitos são apresentados, concomitantemente, como direitos públicos subjetivos de defesa - contra o Estado - e também como ordenamento axiológico objetivo, a permearem positivamente a atuação estatal. Demarcam, via efeito irradiante que comportam, a subordinação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário aos seus ditames, emitindo-lhes diretrizes e impulsos. Isto é, "O reconhecimento de uma dupla dimensão normativa - subjectiva e objectiva - às normas dos direitos fundamentais (sobretudo dos direitos, liberdades e garantias) abre o caminho para a compreensão destes direitos como um sistema de princípios (de bens e valores) susceptíveis de irradiação para todos os domínios do direito"²¹⁶.

No fundo, a dupla perspectiva que assumem os direitos fundamentais, subjetiva e objetiva, pode ser entendida também pela lógica da dimensão individual e comunitária. Isto é, se antes valiam como direitos de defesa, individualmente, agora passam a traçar os fins e valores que a sociedade, como um todo, deve perseguir. Sua eficácia irradiante, oriunda da eficácia objetiva que comportam, será a responsável por exprimir estes valores comunitários a todo o sistema, vinculando o Estado em ações positivas na proteção destes direitos,

²¹⁴ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2.ª ed. Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, p. 80.

²¹⁵ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 48ss. Para Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES, esta nova perspectiva é informada pela titularidade generalizada destes direitos. Seus titulares são plúrimos e todos os devem respeito. Assim, “uns e outros são, ao mesmo tempo, obrigados e beneficiários de direitos fundamentais.” Cf. *Mandados... op. cit.*, p. 48. Para outros, poder-se-ia mesmo dizer que esta eficácia alargada é, em verdade, pautada na indivisibilidade destes direitos. Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 284.

²¹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Justiça Constitucional e Justiça Penal." *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n.º 58. 2006, p. 339ss.

inclusive perante particulares.²¹⁷ Contudo, deve-se ressaltar que esta nova perspectiva não se refere ao “reverso da medalha” em relação à tradicional perspectiva subjetiva. Trata-se, na verdade, de uma espécie de “mais valia jurídica”, um legítimo reforço à juridicidade que comportam as normas de direitos fundamentais.²¹⁸

Em síntese, trata-se de “um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do Direito.” Isto é, da dupla dimensão retira-se uma abrangente vinculação do Estado em relação àqueles direitos, e em dupla via, “não apenas na necessidade de os poderes públicos se absterem de intervir restritivamente nos âmbitos de liberdade que os direitos fundamentais garantem aos particulares, mas também de actuarem positivamente no sentido de permitir o seu exercício efectivo, bem como de o Estado estruturar todo o ordenamento jurídico em conformidade e em função dos direitos fundamentais”²¹⁹.

3.2.2. Aborto I

A dimensão objetiva que comportam os direitos fundamentais, afirmada no caso *Lüth*, não deixou de repercutir, anos à frente, no plano penal. Como não poderia deixar de ser, o nascimento da concepção de imposições constitucionais implícitas de criminalização é resultado de decisões concretas em sensíveis matérias. A doutrina não deixa de relacionar, forma ou outra, a o nascimento desta teoria à jurisprudência alemã sobre a interrupção voluntária da gravidez, doutrinariamente conhecida como Aborto I, de 25 de fevereiro de 1975.²²⁰

A primeira decisão sobre o aborto na Alemanha - *Bverfge* 39, 1, (*Schwangerschaftsabbruch* I), refere-se ao controle abstrato operado pelo TCFA, Primeiro

²¹⁷ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 133ss.

²¹⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência." *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 47, 2004, p. 83.

²¹⁹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições... op. cit.*, p. 57ss.

²²⁰ Cf. ANTUNES, Maria João. *Constituição... op. cit.*, p. 66ss; cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 102ss; cf. SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição..." *In Revista... op. cit.*, p. 95ss. cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados... op. cit.* p. 55ss; cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 66ss. cf. TIEDMANN, Klaus. "Constitucion..." *In Revista... op. cit.*, p. 165ss; cf. TURESSI, Flávio. *Bens jurídicos... op. cit.*, p. 173ss; Cf. FLACH, Michael. "Mandados..." *In Revista... op. cit.*, p. 36ss.

Senado, sobre a 5ª Lei de Reforma do Direito Penal (5.ª StrRG), de 18 de junho de 1974. Por esta, a matéria do aborto foi amplamente alterada. Até então, e de maneira genérica, o aborto era considerado crime, figurando como cláusulas excludentes da ilicitude aquelas poucas, atinentes ao estado de necessidade. No que mais importa, a nova redação do § 218, do Código Penal, conferida pela reforma agiu da seguinte maneira. Na letra *a*), do inciso I, estabeleceu-se a “regra do prazo”, pela qual o aborto praticado por médico e em concordância com a grávida não seria punível desde que não transcorrido o prazo de doze semanas desde a concepção. O controle normativo abstrato foi proposto por membros da Câmara Federal e por membros dos governos estaduais, sobretudo direcionado ao específico dispositivo. Ao final, a norma foi declarada incompatível com o art. 2, II, 1, em combinação com o art. 1, I, da LFRFA, e, por consequência, declarada nula.²²¹

Na decisão, os argumentos caminharam no sentido de dar ulterior desenvolvimento às aceções previamente ventiladas no caso *Lüth*. Se lá fora dito que os direitos fundamentais emitem ao Estado impulsos e diretrizes, impondo-lhe uma sua observância e concretização em todos os setores, aqui, esta eficácia dirigente recebe ulterior baluarte quando o TCFA consagra a noção do dever de proteção dos direitos fundamentais, a cargo do Estado. Este passa a ser incumbido, permanente e invariavelmente, da proteção destes direitos pela via positiva, ou seja, os direitos fundamentais passam a exigir condutas ativas do Estado no sentido de sua proteção e consagração, inclusive perante terceiros privados. Invariavelmente, referido dever recai, também, ao legislador penal, parte do Poder constituído.

Veja-se, "O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe - evidentemente - intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais consequentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da

²²¹ Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 266ss.

Grundgesetz; é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais"²²².

Num segundo momento, o TCFA passa a dirigir-se ao legislador. "O modo como o Estado cumpre seu dever de oferecer uma efetiva proteção ao nascituro deve ser escolhido, em primeira linha, pelo legislador. Ele decide sobre quais medidas de proteção ele considera como oportunas e indicadas para garantir uma eficiente proteção da vida. (...) Em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento. A norma penal representa, de certa forma, a '*ultima ratio*' do instrumentário do legislador. (...) Entretanto, também essa última medida deve ser utilizada se não for conseguida de outra feita uma efetiva proteção à vida. Isso é o que exige o valor e o significado do bem a ser protegido. Não se trata, destarte, de um dever 'absoluto' de penalizar, porém da obrigação 'relativa' de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios"²²³.

Segundo o TCFA, portanto, quando o legislador procedeu à previsão da permissão à interrupção voluntária da gravidez, sujeita somente ao transcurso de um lapso temporal, sem mais, teria criado uma desarmonia na correta ponderação dos interesses fundamentais em causa. Teria privilegiado os direitos da mãe ao aniquilar os direitos do ente em gestação. Por consequência, a opção legislativa, "regra do prazo", não seria apta a suprir aquele dever de proteção. Na ótica do TCFA, ainda que a matéria protetiva coubesse, num primeiro plano, ao legislador, a proteção que o bem jurídico vida-intrauterina exigia do Estado era tamanha que nenhum outro meio, senão o direito penal, seria capaz de supri-la. Não seria, entretanto, como ressalta a decisão, matéria de imposição absoluta, mas relativa. Seria resultado do processo protetivo escalonado, que parte do aparato extrapenal para, em último caso e, se necessário, do *jus puniendi* fazer uso.

A lógica é simples: aos olhos do TCFA, o bem jurídico, neste ponto, era tão importante que só o meio penal, arma mais forte, seria razoavelmente adequado àquela proteção. Portanto, como imposição relativa, assemelha-se à lógica do "jogo de dominó", no qual, da aferência de uma ineficácia protetiva, parte-se a outra, sucessivamente, mais grave, até que, invariavelmente, chegue-se à última possibilidade, ao direito penal.²²⁴ Chegado

²²² Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 269ss.

²²³ Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 270ss.

²²⁴ Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 100ss.

neste ponto, é dizer, no plano em que se torna impossível dissociar a proteção requerida do meio penal, o legislador estaria perante uma legítima imposição constitucional implícita de criminalização. Com estas noções, não se deixa de constatar que, apesar de a tarefa protetiva recair, segundo o próprio TCFA, num primeiro plano, ao legislador, fora o próprio TCFA quem aferira, no ponto, a necessidade de tutela penal.²²⁵

3.2.3. Aborto II

Anos mais tarde, o TCFA é chamado novamente a pronunciar-se sobre a mesma matéria.²²⁶ Trata-se do *Bverfge* 88, 203, (*Schwangerschaftsabbruch* II) – decisão pelo Segundo Senado em 28 de maio de 1993, em sede controle abstrato - referente à promulgação, pela Câmara Federal, da Lei de Ajuda Familiar e à Gestante, de 27 de julho de 1992. Segundo esta disciplina, o aborto efetuado dentro das primeiras doze semanas da

²²⁵ Cumpre notar as razões discordantes - da Juíza *Rupp. v. Brünneck* e do Juiz *Simon* - sobre a decisão do TCFA: "O poder do Tribunal Constitucional Federal de anular decisões do legislador parlamentar exige um uso parcimonioso, se se quer evitar um deslocamento dos pesos entre os órgãos constitucionais. O mandamento de auto-limitação judicial (*judicial selfrestraint*), que foi designado como o bálsamo da vida da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, (...) vale sobretudo quando não se tratar da resistência contra ataques do poder estatal, mas quando se queira prescrever ao legislador, legitimado imediatamente pelo povo no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade, parâmetros para a conformação positiva da ordem social. (...) Mesmo quando, ao contrário do nosso entendimento, se considera com a maioria [no Senado] uma obrigação constitucional de sancionar penalmente, não se pode constatar aqui uma inconstitucionalidade cometida pelo legislador. A fundamentação da maioria [no Senado] depara-se – sem que seja necessário uma análise que aprecie todos os detalhes – com as seguintes objeções: Em síntese, ao legislador não restou, segundo a nossa visão, vedada a desistência de um sancionamento criminal em larga escala inútil, inadequado e até danoso, desistência essa que se deu em razão de sua concepção incontestada. Sua tentativa de tentar fomentar a proteção da vida nos estados contemporâneos de uma provavelmente crescente incapacidade do Estado e da sociedade por meio de meios socialmente mais adequados pode ser incompleta; todavia, ela corresponde mais ao espírito da *Grundgesetz* do que a exigência de pena penal e reprovação." Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 272ss. Como se percebe, as opiniões caminham no sentido da não inconstitucionalidade do ato legislativo que despenalizou o aborto sob a "regra do prazo". Noutros termos, o juízes vencidos viam, neste particular, "uma inversão inadmissível dos direitos fundamentais, já que se recorria à sua dimensão jurídico-objectiva para fundamentar uma agressão, de outra forma ilegítima, contra esses mesmos direitos, pelo que, de critérios de verificação do preenchimento dos pressupostos sob os quais o Estado podia penalizar, os direitos fundamentais se viam agora transformados em critérios determinadores de obrigação estatal de penalizar." Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições... op. cit.*, p. 90, nota 136.

²²⁶ Após a reunificação da Alemanha, em 1990, foram verificadas diversas assimetrias no plano das políticas públicas e criminais, como o era o tratamento destinado ao aborto. Na antiga República Democrática alemã (Alemanha oriental) o aborto realizado pela solução de prazo, até a décima segunda semana, já era despenalizado desde 1972. Por outro lado, na República Federal Alemã (Alemanha ocidental), o aborto ainda era crime, salvo raríssimas exceções, ausente, portanto, a "regra do prazo". O Contrato Estatal da Reunificação permitiu - num primeiro momento, e até o final do ano de 1992, que vigessem as duas disciplinas jurídicas respectivas ao aborto. O mesmo contrato, todavia, previa a criação, até o final do prazo de transição, de uma disciplina jurídica unificada ao tema. Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle... op. cit.*, p. 239ss; Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 273ss.

gestação não seria punível se a grávida pudesse provar que tinha sido aconselhada por órgão especificamente criado - ou legalmente reconhecido e autorizado - para essa tarefa. Em discussão, novamente, a “regra do prazo”.²²⁷

Esta fora reintroduzida pelo legislador, entretanto, agora acompanhada de proteção extrapenal consubstanciada no aconselhamento médico. Naquele primeiro momento, Aborto I, fora entendimento do TCFA a existência, em relação à proteção da vida-intrauterina, de irrazoável proteção conferida, pelo legislador, via “regra do prazo”. Aqui, no Aborto II, serão mais bem explicados os porquês. Neste ponto, são cunhadas as bases existenciais do princípio da proibição da proteção insuficiente. O legislador, como todo o sistema, passa, na tarefa de proteção dos direitos fundamentais, a estar margeado, a nível inferior, pelos ditames mínimos de uma tutela suficiente.

Veja-se o posicionamento do TCFA: "A proteção da vida não é ordenada de forma absoluta de tal sorte que ela gozaria de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos sem exceção; (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. (...) No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...) Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (...) As posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida, quando não ordenada, a não imposição de tal dever jurídico. Cabe ao legislador compor essas situações de exceção nos elementos típico-normativos de exceção. Para com isso não violar a proibição de insuficiência, ele deve, contudo, levar em consideração que os bens jurídicos colidentes entre si não poderão ser trazidos nesse caso a uma compensação proporcional, porque está em jogo, do lado da vida intra-uterina, em todos os casos, não um mais ou menos em direitos, a [mera] aceitação de desvantagens ou limitações, mas tudo, ou seja, a própria vida. (...) Entretanto, isso não significa que uma situação de exceção que permita por força constitucional suspender o dever de prosseguir a gravidez só possa ser

²²⁷ Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 274.

cogitada em caso de sério perigo à vida da mulher ou grave comprometimento de sua saúde. Há outras situações de exceção possíveis”²²⁸.

E conclui, por conseguinte, “Por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do meio direito penal e do efeito de proteção que dele parte. Cabe à lei penal, desde os primórdios e também atualmente, proteger os fundamentos de um convívio social ordenado. Isso abrange a observância e a inviolabilidade por princípio da vida humana. Conseqüentemente, o homicídio é largamente sancionado criminalmente. (...) Assim, o direito penal é normalmente o local de fixação da proibição por princípio do aborto e do dever por princípio nele contido da mulher dar à luz o filho. Entretanto, quando se puder, em virtude de medidas de proteção suficientes constitucionalmente de outro tipo, dispensar em extensão limitada o sancionamento penal de abortos não justificados, pode também ser suficiente expressar claramente a proibição para esse grupo de casos de uma outra forma no ordenamento jurídico infra-constitucional.”²²⁹

Todavia, em que pese a ampla liberdade de conformação conferida ao legislador pelo TCFA, a “regra do prazo”, entre outras consequências, foi, novamente, declarada nula. Isto porque, segundo a justificativa, a proteção oferecida, aos olhos do TCFA, não perseguia suficientemente o dever de proteção da vida intrauterina. Isto é, mais uma vez, o legislador não teria conseguido demonstrar a suficiência de proteção que aquele bem exigia. Repare-se, entretanto, que não se declarou inconstitucional a medida legislativa, mas emitiram-se ordens transitórias para que fosse reformulada e pudesse entrar em vigor. Entretanto, à semelhança da primeira decisão, o TCFA sindicou, para si, a aferição da carência de tutela penal.

Isto é, fora o responsável por aduzir, em último termo, que o dever de proteção, a cargo do Estado, da vida intrauterina era tamanho que, em contrapartida, somente o direito penal seria apto a conferir suficiente tutela. Ou seja, o TCFA foi quem, no fundo, aferiu a última palavra sobre a necessidade de tutela penal. Noutros termos, parece correto afirmar, neste sentido, que o TCFA se utilizou, em ambos os casos – Aborto I e II -, do princípio do direito penal da *última ratio* na proteção de bens jurídicos, paradoxalmente, como forma de

²²⁸ Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 278ss.

²²⁹ Cf. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta... op. cit.*, p. 282ss.

justificar a criminalização – ou melhor, a não descriminalização – da interrupção voluntária da gravidez, com base no dever de proteção dos direitos fundamentais.²³⁰

3.3. Proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente

Do desenvolvimento jurisprudencial apontado, observou-se que, em ambos os casos – Aborto I e Aborto II -, o TCFA, ao vedar a descriminalização, utilizou-se dos conceitos de dever de proteção dos direitos fundamentais e de proibição da proteção insuficiente para aferir imposições constitucionais implícitas - e relativas - de criminalização, ou melhor, de não descriminalização. Depreendem-se, assim, as duas premissas cumulativas que, segundo o jurisprudência alemã, informam a possível existência de uma imposição deste calibre: (i) o dever de proteção dos direitos fundamentais, decorrente da face objetiva que comportam; (ii) a aferição da tutela penal obrigatória - num primeiro plano a cargo do legislador – com base no desrespeito ao princípio da proibição da proteção insuficiente, limiar mínimo de proteção exigido à satisfação daquele dever.

Parte-se da primeira. Como visto, o dever de proteção projeta-se, como consequência da dimensão objetiva que comportam estes direitos, numa chamada de atuação, ou seja, projeta no Estado um *facere*.²³¹ Fala-se, pois, num direito de prestação que vai, desde a tutela penal, até outros ramos, como social econômico e cultural, justamente por força da necessidade protetiva que assumem estes direitos contra terceiros. O Estado torna-se, neste ponto, o guardião destes direitos no plano particular.²³² Todavia, conquanto a face objetiva dos direitos fundamentais emita impulsos e diretrizes a todos os setores do Estado, o dever de proteção que estes direitos informam recai, com mais força, sobre o legislador. Em sua atividade, goza este de maior discricionariedade, maior poder de atuação e maior margem de conformação.²³³ Constatado um dever de proteção destes direitos pelo legislador, resta saber a tutela proporcionalmente correspondente.

²³⁰ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación.” *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.), Marcial Pons, 2016, p. 206.

²³¹ Cf. BRANDÃO, Nuno. “Bem jurídico...” *In: Estudos... op. cit.*, p. 247.

²³² Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições... op. cit.*, p. 87ss.

²³³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição...” *In Revista... op. cit.*, p. 100.

A seguir, já na segunda premissa, deverá ser aferido, pelo mesmo legislador, a imprescindibilidade da atuação penal na consecução do dever de proteção, sob pena de violação do princípio da proibição da proteção insuficiente. Ou seja, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais resulta, neste ponto, tanto como orientação substancial dos deveres de atuação do Estado, como implica, ademais, a garantia de um mínimo padrão de realização que, caso não atingido, será violador da proibição da proteção insuficiente.²³⁴ Assim, neste particular, cumpre pormenorizar o trajeto legislativo, sob à égide constitucional, quanto aos parâmetros de conformidade dos deveres de proteção dos direitos fundamentais.

Num primeiro momento, no Estado de Direito, fora função dos direitos fundamentais a vedação a ingerências ilegítimas por parte do Estado. Impunham-no, em respeito, uma conduta absenteísta. Como barreiras, consagraram-se contra as investidas de um poder punitivo desenfreado. Esta ideia consubstancia-se, no plano dos deveres de proteção, no princípio constitucional da proibição do excesso (*Übermaßverbot*), baliza superior do dever de proteção dos direitos fundamentais. Toda medida restritiva a estes direitos deve ser estritamente a necessária. Num segundo momento, porém, no Estado Constitucional de Direito do segundo pós-guerra, os direitos fundamentais assumem outra feição. Ademais do aspecto primário defensivo, passam a operar também em sentido oposto, como via de mão dupla. Neste momento, estes direitos passam a exigir uma atuação do Estado, protetiva e concretista, inclusive mediante terceiros. A proteção exigida, entretanto, não poderá ser qualquer. Deverá ser proteção suficiente. Neste momento, entra em cena o princípio constitucional da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), responsável por demarcar as balizas inferiores do dever de proteção.

O panorama apresentado representa, pois, círculo referencial, o “*corredor*”²³⁵ que baliza a conformação de toda a atuação estatal em respeito ao dever de proteção dos direitos fundamentais. Pode-se dizer, nesta linha, que, no fundo, excesso e insuficiência traçam “as balizas dentro das quais o legislador se pode mover e decidir sem ferir tais parâmetros constitucionais e quais os limites positivos e negativos que tem de observar sob pena de inconstitucionalidade”²³⁶. No plano legislativo, invariavelmente, deve-se partir do limiar

²³⁴ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições... op. cit.*, p. 76ss.

²³⁵ Cf. BRANDÃO, Nuno. “Bem jurídico...” *In: Estudos... op. cit.*, p. 260.

²³⁶ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos... op. cit.*, p. 136. Em semelhante sentido, Cf. STRECK, Lênio Luiz. “Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.” *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXX. Coimbra, 2004, p. 310ss. Note-se que a

inferior. Se no âmbito dos deveres de proteção dos direitos fundamentais analisa-se o "se" da tutela, no âmbito da proibição da proteção insuficiente deve-se analisar o "como da tutela". Por conseguinte, no tocante à atividade legislativa, "O único limite à sua liberdade residiria justamente na proibição de proteção deficiente, ou seja, na exigência de satisfação no limiar mínimo do imperativo de tutela"²³⁷. Noutros, termos, "O único limite que neste domínio da legitimação positiva da intervenção estadual pode assim ser constitucionalmente oposto ao legislador é o da proibição de um défice de tutela"²³⁸.

Como "*ponto de chegada*"²³⁹, encontramos a proibição de excesso. Será responsável por informar o legislador sobre possível excesso na restrição de direitos fundamentais. Agirá não como propulsor da atividade estatal, mas como óbice às ingerências indevidas, na linha de garanti-los em seu núcleo essencial, sua indisponibilidade. Isto é, "Ela afirma ao legislador a existência de um âmbito irrenunciável e intransponível, o qual não pode ser violado por *razão alguma (por fim algum)*. Um campo que não está sujeito a negociações, que não assimila ponderações típicas do exame de proporcionalidade. Em síntese: um âmbito *intangível*. Por ostentar a condição de direito fundamental, também o direito à liberdade possui essa esfera intocável. Também ele, portanto, está protegido de restrições *superlativas* pelo postulado da proibição de excesso"²⁴⁰.

doutrina brasileira tem entendido, não obstante, que as imposições constitucionais expressas de criminalização seriam, muitas vezes, expressões do dever de proteção dos direitos fundamentais. Para Luciano FELDENS, a incorporação, pelo constituinte, no art. 5.º, CRFB, "de normas tendentes a assegurar a tutela penal de direitos e valores nela consagrados reflete a explícita aceitação, por parte do constituinte originário, de dever de proteção com feição jurídico-penal." Nesta linha, "Os deveres (mandados) de tutela penal são a expressão, no campo jurídico-penal, da teoria dos deveres estatais de proteção; configuram-se, assim, como uma projeção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais." E isto, ao final, significaria dizer que, também no plano da implementação das ordens diretas, o legislador está balizado pelos princípios constitucionais que circundam o dever de proteção a cargo do Estado. "O mandado de criminalização veicula, portanto, uma relação de natureza impositiva que tem como destinatário o legislador, a este competindo a criação de um abrigo normativo, de caráter jurídico-penal, estabelecendo os termos e os limites dessa tutela, a qual, se por um lado não pode situar-se além do constitucionalmente permitido (proibição do excesso), tampouco se pode estabelecer aquém do constitucionalmente exigido (proibição de proteção deficiente)." Cf. "Comentário ao artigo 5.º, XLII." *In: Comentários... op. cit.*, p. 418ss.

²³⁷ Cf. D'ÁVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. "Constituição e direito penal. Novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira". *In: IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017, p. 57.

²³⁸ Cf. BRANDÃO, Nuno. "Bem jurídico..." *In: Estudos... op. cit.*, p. 259.

²³⁹ Cf. BRANDÃO, Nuno. "Bem jurídico..." *In: Estudos... op. cit.*, p. 260.

²⁴⁰ Cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle... op. cit.*, p.110.

3.4. Indicativos de criminalização

Passemos ao plano penal, no qual, balizado pelos princípios constitucionais, o legislador deverá aferir a indisponibilidade, no caso, do oferecimento da tutela penal, demarcando, assim, suposta imposição constitucional implícita de criminalização. Referidos princípios serão, segundo a doutrina, os eixos em condição de reconstruir, à luz constitucional, as tradições penais centradas no bem jurídico, já que “*representan los dos polos que determinan el derecho de intervención estatal conforme a la Constitución*”²⁴¹.

A proibição do excesso consubstancia-se, em primeira linha, no conceito clássico de bem jurídico, como óbice. Neste ponto, dignidade e carência de tutela penal serão os “densificadores”, no plano penal, daquele princípio constitucional. Como padrões críticos ao legislador, de feições negativas, serão responsáveis por vedá-lo em eventuais criminalizações excessivas.²⁴² Por seu turno, a proibição da proteção insuficiente traduz-se, no plano penal, repare-se, de maneira não tão correspondente. Tratar-se-á, na verdade, de uma nova feição, não só dos direitos fundamentais, mas também do bem jurídico.

A vedação à proteção insuficiente não é, por seu turno, conceito clássico, como o é a proibição do excesso. Contradiz, na verdade, a função primária dos direitos fundamentais. Agora, o legislador passa a estar possivelmente obrigado, pela materialidade da Constituição, em certos casos, a proteger determinados valores, por determinados instrumentos, em cumprimento aos deveres de proteção. Isto é, o princípio irradia uma mensagem positiva ao legislador e, apesar de contraponto ao conceito de bem jurídico, caminha ao seu lado, de forma que ambos restringem a margem do legislador quando requerem uma ação protetora, invocando interesses e necessidades.²⁴³

Assim, sem embargo, o bem jurídico será tanto fundamento ao dever de proteção, como parâmetro à determinação dos limites à intervenção e seu cálculo preciso. Uma compreensão modificada, pois, nestes termos, do conceito de bem jurídico - agora atrelado ao princípio da proibição da proteção insuficiente - servirá tanto para fazer ofertas ao legislador, como para pressioná-lo normativamente. É dizer, “*La admisión de un bien*

²⁴¹ Cf. HASSEMER, Winfred. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” In: *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016, p. 94.

²⁴² Cf. BRANDÃO, Nuno. “Bem jurídico...” In: *Estudos... op. cit.*, p. 260.

²⁴³ Cf. HASSEMER, Winfred. “¿Puede haber...”. In: *La teoría... op. cit.*, p. 97ss. Em semelhante sentido, cf. D’ÁVILA, Fabio; SCALCON, Raquel. “Constituição...” In: *IBCCRIM... op. cit.*, 62ss.

jurídico necesitado y merecedor de protección es el fundamento del que surge el deber de protección; es el motor que impulsa una prohibición de defecto y que pretende obligar al legislador a actuar.” E o faz com base numa poderosa necessidade, extraída em parte das tradições penais e em parte da Constituição: o interesse em conservar bens importantes.²⁴⁴

Repare-se que esta nova relação entre cidadão e Estado experimenta uma especial caracterização com essas novas aspirações. O moderno Estado constitucional busca garantir, por um lado, a liberdade de seus membros perante a utilização em caráter positivo do aparato punitivo, e por outro lado, pretende assegurar aos cidadãos a garantia da liberdade, sob a égide dos direitos fundamentais como forma de defesa frente ao próprio Estado que pune.²⁴⁵ Quer dizer, em atenção ao dever de proteção dos direitos fundamentais, protege-se o autor do crime do excesso da medida restritiva em sua liberdade, enquanto que, em contrapartida, exigem estes, pelo lado da vítima, uma sua proteção, a exigir não mais a abstenção, mas o atuar estatal.²⁴⁶ Todavia, até que ponto estas novas aspirações entre bem jurídico e proibição da proteção insuficiente poderiam impor ao legislador um dever de criminalização?

É verdade, o princípio da necessidade da pena, em sua acepção tradicional, de fato, age como princípio limitador do direito penal. Emanada a ideia de que somente a pena necessária é legítima. Entretanto, e em contrapartida, esta mesma afirmação informa, de maneira implícita, a ideia de penas necessárias que abrangem um conteúdo positivo. Todavia, será necessário o crivo legislativo. "Deste modo, poder-se-á pensar numa conclusão de tipo silogístico, formulada a partir de uma premissa maior, que indica que certos bens essenciais tornam indispensáveis uma mais forte proteção pelo Direito, e de uma premissa menor, que revela a ausência de alternativas preferíveis ao Direito Penal. A conclusão do silogismo conterà a necessidade da intervenção penal. Não existirá uma imediata obrigatoriedade de incriminação, mas apenas uma obrigatoriedade mediada pela necessidade, empiricamente avaliada, enquanto meio indispensável para atingir determinado fim"²⁴⁷.

²⁴⁴ Cf. HASSEMER, Winfred. “¿Puede haber...”. In: *La teoría... op. cit.*, p. 98.

²⁴⁵ Cf. BUNZEL, Michael. “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como limite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información.” In: *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.), Marcial Pons, 2016, p. 145.

²⁴⁶ Cf. LAGODNY, Otto. “El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional.” In: *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.) Marcial Pons, 2016, p. 126.

²⁴⁷ Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito... op. cit.*, p. 55.

Assim, será somente nestes casos, pela via silogística, que poderá o legislador deparar-se com uma eventual obrigatoriedade constitucional implícita de criminalização. Constatada inequívoca e transparente necessidade de tutela penal, naquele caso específico, o legislador estará, em contrapartida, obrigado à proceder ao suprimento daquela lacuna desprotetiva pela tipificação penal de condutas. Ou seja, “*Si no existe otro instrumento equivalente que proporcione la protección pretendida, el ámbito de arbitrio del legislador, a la hora de decidir sobre la punibilidad de una conducta, se reduce a cero*”²⁴⁸. Noutros termos, “Só naqueles casos pontuais em que seja *meridianamente claro* que apenas um determinado meio de tutela está em condições de garantir uma protecção eficiente em relação a um certo tipo de ofensas para o bem jurídico é que se poderá admitir a existência de um espaço de nula discricionariedade no exercício da decisão legislativa”²⁴⁹.

Dessa forma, se o dever de proteção dos direitos fundamentais, como vedação à proteção insuficiente, incide em primeiro linha sobre o legislador penal - não antevendo a Constituição, implicitamente, a carência de tutela penal, que deve ainda ser aferida pela vontade democrática -, não se poderá falar propriamente em imposição absoluta de criminalização, mas talvez em obrigação relativa.²⁵⁰ Isto significa dizer que “Esta compreensão metodológica não conduz, portanto, a concluir por um catálogo de incriminações obrigatória, mas apenas por uma lógica de 'possível obrigatoriedade', fundada no Estado de direito democrático em sentido material e condicionada, em concreto, por um raciocínio argumentativo de base empírica sobre a necessidade da pena”²⁵¹.

Não se desmente, o desenvolvimento da concepção de dever de proteção dos direitos fundamentais e o reconhecimento de novos valores emergentes passaram a operar mudanças no panorama clássico de bem jurídico no sentido de propulsionar, por exemplo, a atividade legislativa. Todavia, veja-se, será tanto a sensibilidade dos fins, como a insegurança dos efeitos da pena, os elementos responsáveis por limitar a afirmação de que será somente em casos eminentemente excepcionais que o legislador estará obrigado na criminalização.²⁵²

²⁴⁸ Cf. TIEDMANN, Klaus. "Constitucion..." In: *Revista... op. cit.*, p. 165ss.

²⁴⁹ Cf. BRANDÃO, Nuno. "Bem jurídico..." In: *Estudos... op. cit.*, p. 258ss.

²⁵⁰ Nesta linha, cf. BRANDÃO, Nuno. "Bem jurídico..." In: *Estudos... op. cit.*, p. 259.

²⁵¹ Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito... op. cit.*, p. 56.

²⁵² Cf. AMELUNG, Knut. "El concepto..." In: *La teoria... op. cit.*, p. 231. Na mesma linha sobre a insegurança dos efeitos da pena e da maior liberdade legislativa, cf. BUNZEL, Michael. "La fuerza..." In: *La teoria... op. cit.*, p. 148ss.

Por conseguinte, cogitar necessidades imperativas de criminalização seria substituir a atividade legislativa “pela exigência de atuações positivas (vinculadas a critérios normativos materiais) em detrimento do balanceamento dos interesses em jogo, onde se pressupõe a avaliação acerca da importância dos bens jurídicos confrontados. Desse modo, num campo que é governado pela discricionariedade do legislador, o âmbito das obrigações de tutela não pode ser mais que uma exceção, relacionado a situações excepcionais.” Pensar de outra forma seria, sem mais, engessar a Constituição, que deve ser aberta. Seria substituir a “discussão racional pela imposição *a priori* de uma (velha) solução, em nome de valores abstratos”²⁵³.

Ou seja, “A determinação de um dever de protecção do legislador, não se baseando em mandatos constitucionais expressos, só é possível mediante a interpretação cuidada das normas constitucionais respeitantes ao direito fundamental que estiver em causa. (...) Em regra, portanto, a Constituição impõe ao legislador deveres de protecção, mas não determina o modo concreto como essa protecção se deverá efectivar. Desde logo, isso significa que, existindo várias acções igualmente adequadas à protecção de um determinado direito, nenhuma delas é em si mesma obrigatória, sendo apenas imperativo que o legislador adopte uma delas. Só assim não será se for seguro que apenas existe uma via de acção suficientemente eficaz, caso em que esta atuação particular será obrigatória”²⁵⁴.

A ordem constitucional de valores, de fato, oferece ampla protecção aos direitos fundamentais, inclusive contra as condutas lesivas de terceiros. Sem embargo, esta pretensão de protecção - de assento constitucional e cumprível via medidas ativas de promoção pelo Estado - situa-se meramente como força diretiva ao legislador, por trás da função de defesa frente ao poder estatal, que informa os direitos fundamentais de maneira precípua. Por conseguinte, à função de estabelecimento de valores que os direitos fundamentais informam, só poderá assinalar-se um conteúdo genérico de “indicador de direcção”, cabendo sua adequada adaptação, a cada circunstância, ser aferida dentro do âmbito de responsabilidade do legislador.²⁵⁵

Veja-se, portanto, que a Constituição, “Mesmo elegendo os valores mais fortes ou mais densos (o chamado núcleo duro da normatividade constitucional), não determina essa

²⁵³ Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio... op. cit.*, p. 110.

²⁵⁴ Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever... op. cit.*, p. 44ss.

²⁵⁵ Cf. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. “Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal.” *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.), Marcial Pons, 2016, p. 103.

eleição, inapelavelmente, uma imposição de criminalização para o legislador, enquanto medida protectora daqueles mesmo valores.²⁵⁶ “O vínculo que existe, assim, para com o legislador, é do tipo racional, uma vez que a demanda por tutelas deve pressupor, ao fim, um balanceamento do interesses; é o contrário de um vínculo formal a soluções criminalizantes”²⁵⁷.

No dever de proteção dos direitos fundamentais, pois, o que na verdade recai ao Estado é um dever geral, e não *penal*, suscetível de realização por uma multiplicidade de intervenções. Isto é, “A única pretensão subjectiva geral de *prima fascie* necessariamente existente é a de que a margem de conformação ou de discricionariedade de que o Estado dispõe neste domínio seja correctamente exercida, no sentido de que as medidas tomadas pelos poderes públicos responsáveis pelo dever de protecção não sejam completamente inidóneas ou insuficientes”²⁵⁸.

Assim, o dever de proteção é, de fato, deduzível, mas sua conformação prática e concreta deverá ser imprescindivelmente aferida pelo Parlamento. Outra forma fosse, e o “dever de protecção da liberdade de uns facilmente se transmuta em fundamento de restrição da liberdade de outros; daí o défice de justificação de uma condescendência de partida para uma actividade estatal, em princípio ‘amiga’ dos direitos fundamentais, mas potencialmente mutável em intervenção legislativa restritiva”²⁵⁹. O dever de proteção, associado à ideia de imperativo de tutela suficiente, surge, assim, apenas como “*princípio orientador*”, ou seja, não permite a proteção mínima, mas também não impõe uma proteção máxima, a penal.²⁶⁰

Em síntese, do ponto de vista normativo-jurídico, as disposições constitucionais e a ordenação de bens jurídicos fundamentais devem servir como princípio guia, talvez como indicativos de criminalização. Isto se deve mesmo ao carácter cambiante da valoração social legislativa em atenção aos bens jurídicos e a continua aparição de novas condições e perigos para as situações já existentes. Assim, se se pensa em imposições constitucionais implícitas de criminalização – no sentido da tipificação de condutas – deverá pensar-se, em concomitância, numa situação em que a pena seja o único meio efetivo restante para a proteção daquele bem. Pela margem de configuração legislativa, a princípio ampla, o bem jurídico praticamente nunca poderá, pois, limitar positivamente o legislador penal. Isto é, o

²⁵⁶ Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo... op. cit.*, p. 189.

²⁵⁷ Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio... op. cit.*, p. 110ss.

²⁵⁸ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições... op. cit.*, p. 95.

²⁵⁹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições... op. cit.*, p. 90ss.

²⁶⁰ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos... op. cit.*, p. 237ss.

dever de proteção dos direitos fundamentais apenas delimita um âmbito genérico de atuação legislativa. A relevância destes direitos, na deliberação de valores, só pode, portanto, ser compreendida com um retor geral, cuja concretização dar-se-á de acordo com a vontade democrática momentânea.²⁶¹

Portanto, estas questões, que informam algumas lacunas deixadas pelo conceito clássico de bem jurídico - como quando deve responder o legislador à lesão ou colocação de perigo de um bem jurídico ou até onde está autorizado o legislador a estender a punição em cada caso - tratam, na verdade, não de expressões próprias deste conceito, mas de uma teoria da discricionariedade legislativa. A lesividade, proporcionalidade, subsidiariedade e tolerância devem, por exemplo, ser, neste ínterim, princípios soberanos. Devido à ampla margem de que goza o legislador, a ideia de bem jurídico - à luz constitucional da proibição da proteção insuficiente - como fundamento positivo ao legislador não formula, portanto, a ideia de imposição de criminalização, mas de, no máximo, indicativo de criminalização.²⁶² Como consequência, “a proibição do déficit de protecção vale *na medida do possível*”²⁶³ e, de fato, não há um vínculo determinado sobre o legislador no sentido de o obrigar à criminalização de atos agressivos aos bens constitucionalmente protegidos.²⁶⁴

Por derradeiro, onde não se possa vislumbrar “injunções constitucionais expressas de criminalização, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam. Precisamente porque não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto constituído pelo critério da **necessidade** ou da **carência de pena**. Critério que, em princípio, caberá ao legislador ordinário utilizar e que só em casos gritantes poderá ser jurídico-constitucionalmente sindicado”²⁶⁵.

3.5. Inconstitucionalidade por omissão?

Se se afirmou, máxime, pela ampla liberdade legislativa no que toca ao cumprimento do dever de proteção dos direitos fundamentais - cabendo ao Parlamento a

²⁶¹ Cf. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. “Bien jurídico...” *In: La teoria... op. cit.*, p. 108ss.

²⁶² Com estas considerações, cf. HASSEMER, Winfred. “¿Puede haber...”. *In: La teoria... op. cit.*, p. 95ss.

²⁶³ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos... op. cit.*, p. 136.

²⁶⁴ Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *Noções... op. cit.*, p. 115.

²⁶⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal... op. cit.*, p. 129ss.

aferição, iluminado pelo princípio da proibição da proteção insuficiente, da carência de tutela penal -, invariavelmente, esta afirmação terá reflexo no controle de constitucionalidade. Indaga-se: caso o Tribunal, no desenvolvimento de suas funções, depare-se com um caso de suposta omissão legislativa, perante evidência de forte dever de proteção a direitos fundamentais, poderá declarar o legislador em omissão inconstitucional, com base no princípio da proibição da proteção insuficiente, impelindo-o na criminalização de condutas? Ainda, caso se depare, mais propriamente, com a seguinte situação, “(i) identificação dos direitos fundamentais imbricados no caso concreto; (ii) verificação de um dever de proteção pelo Estado relativamente a um dos direitos fundamentais referidos; (iii) constatação de que o Estado (iii.a) ou deixou de realizar tal dever plenamente (omissão), ou (iii.b) realizando-o, ficou aquém do patamar mínimo, isto é, foi deficiente na tutela realizada (ação insuficiente)”²⁶⁶, poderá o Tribunal, além de declarar omissor o legislador, suprir-lhe na sua tarefa, isto é, colmatar a lacuna pela criminalização de condutas?

Crê-se que não. “Com efeito, se o direito penal não punir um determinado comportamento que viole um certo bem jurídico-constitucionalmente protegido, essa omissão, *primo conspecto*, nada tem de inconstitucional. Numa palavra: ao legislador constitucional, em sede de criminalização, é-lhe vedada, em princípio, uma imposição de *facere* para com o legislador ordinário. É a este que cabe, em última instância, a escolha que define quais os bens constitucionalmente «significativos» para justamente usufruírem de proteção penal”²⁶⁷.

É dizer, “sempre que existe multiplicidade de alternativas de acções de protecção há a necessidade de proceder a ponderações complexas entre medidas de natureza e consequências diferenciadas, sobretudo quando estão em causa medidas de protecção configuráveis simultaneamente como restrições de direitos fundamentais.” Por conseguinte, quando, em causa, situação de possível omissão estatal nos deveres de protecção, “a sua eventual verificação judicial não permite determinar, por si só, a escolha da medida devida. Daí (...) a insindicabilidade da omissão violadora de conteúdos jurídico-objectivos de direitos fundamentais”²⁶⁸.

Até porque, repare-se. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade por omissão carece de ordens impositivas determinadas. Isto é, a simples positivação de direitos

²⁶⁶ Cf. D’ÁVILA, Fabio; SCALCON, Raquel. “Constituição...” In: *IBCCRIM... op. cit.*, p. 66.

²⁶⁷ Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo... op. cit.*, p. 189ss.

²⁶⁸ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições... op. cit.*, p. 94.

fundamentais não assume o caráter deontológico necessário à vinculação imperativa do legislador na criminalização de condutas. Assim, norma constitucional, por exemplo, que declare a inviolabilidade da vida, não é passível, portanto, de ser compreendida como norma impositiva no sentido da criminalização. A atuação legislativa é, no ponto, imprescindível. Portanto, se é certo que os direitos fundamentais possuem eficácia e aplicação imediatas e diretas, certo também é que “neste particular, de nada vale aquela imediata aplicação já que vigorando, em direito penal, o princípio da legalidade – em toda a sua extensão – não pode o aplicador, neste preciso sentido, por ausência de *lex certa, scripta et prior* fazer valer (proteger penalmente) aquele direito.”²⁶⁹

Assim, a restringida margem que tem o Tribunal para invalidar os atos legislativos limita, neste ínterim, a possibilidade de inferir disposições substantivas em matéria de legislação penal a partir da Constituição. Pela incerteza e sensibilidade das matérias, de difíceis prognósticos, alinhada à noção de separação de poderes, veda-se, de fato, esta atuação jurisdicional. A prerrogativa discricionária do legislador impede, por princípio, que a solução – ou não solução - do Parlamento possa, de pronto, ser substituída pela solução da jurisdição constitucional pela via, por exemplo, da inferência de uma única solução materialmente conforme à Constituição, ou simplesmente a mais correta. Impor o Tribunal criminalizações, de base implícita, pela via da inconstitucionalidade por omissão, pautada na proibição da proteção insuficiente, seria, ao fim, interpretar a Constituição de forma politizada pelo Tribunal, é dizer, tratar-se-ia da criação de um Estado jurisdicional. A política-criminal deveria, invariavelmente, ser feita no Parlamento, democraticamente chamado a isto, e não por meio de decisões do Tribunal, carente de legitimação constitucional para tanto.²⁷⁰

Mais uma vez, portanto, entram em cena os princípios da separação de poderes e da legalidade. Em razão destes, as decisões judiciais que possivelmente concluírem pela violação do princípio da proteção insuficiente não poderão, sobretudo em matéria penal, por si mesmas, corrigir a situação. Noutras termos, torna-se vedado ao Tribunal a expansão judicial do poder punitivo com o fito de “melhor cumprir” - sob sua óptica - o dever de proteção dos direitos fundamentais, a cargo do Estado. Caso assim proceda, estar-se-á

²⁶⁹ Cf. COSTA. José Francisco de Faria. *O perigo... op. cit.*, p. 195.

²⁷⁰ Cf. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. “Bien jurídico...” *In: La teoria... op. cit.*, p. 116ss.

perante manifesta violação dos princípios referidos, verdadeiras garantias ao cidadão.²⁷¹ Garantias tão fortes que constituem expressão da primeira feição dos direitos fundamentais, como defesa. São princípios essenciais, assim, cujo cumprimento, por parte de todo o sistema, não é opcional, mas vinculante.

Por conseguinte, afiguram-se-nos completamente errôneas as ideias que associam o princípio da proibição da proteção insuficiente como forma de legitimar judicialmente o expansionismo punitivo. Parece correta, por conseguinte, parte da crítica que enxerga - nestes casos de eventuais omissões legislativas decorrentes de supostos mandados implícitos de criminalização - que a posição do Tribunal deva ser a de completa autocontenção.²⁷² Ademais, se se pensasse, nestes casos, em eventual atuação judicial que declarasse o legislador em omissão inconstitucional, esta não teria, é verdade, sustento em norma imperativa que determinasse expressamente ao legislador a expedição de crimes. Teria, por outro lado, sustento nas vontades do Tribunal. Torna-se incogitável pensar, portanto, em decisões que se utilizem do instituto da proibição da proteção insuficiente a fim de, forma ou outra, justificar o expansionismo punitivo repressor.²⁷³

²⁷¹ Em semelhante sentido, cf. D'ÁVILA, Fabio; SCALCON, Raquel. "Constituição..." *In: IBCCRIM... op. cit.*, p. 66ss.

²⁷² Cf. VIEIRA, Renato Stanzola. "Mandados..." *In Revista... op. cit.*, p. 444ss; cf. SCALCON, Raquel Lima. "Crítica..." *In: Revista... op. cit.*, p. 176ss.

²⁷³ Pense-se, por exemplo, na seguinte situação. Seria constitucionalmente legítimo um Tribunal justificar restrições aos direitos de liberdade sob os argumentos de promoção dos deveres de proteção com base na proibição de proteção insuficiente? Veja-se, por exemplo, o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. HC 0620467-50.2016.8.06.0000, v1ª Câmara Criminal, decisão unânime de 1º de março 2016. Aqui, o Tribunal entendeu pela permanência da prisão preventiva de um suspeito de tráfico de drogas em razão da proibição de proteção insuficiente, mesmo que reconhecesse, em concomitância, um excesso no tempo de prisão do indivíduo. Caso liberado, o agente de alta periculosidade engendraria, segundo o Tribunal e em contrapartida, a insuficiente proteção de direitos do cidadão, como a segurança, e a liberdade e integridade física. Outra decisão refere-se ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - em sede de Recurso em Sentido Estrito, n.º 70068231141, Quarta Câmara Criminal, julgado em 17 de março de 2016 - de autoria do Ministério Público estadual contra decisão que revogou medida cautelar alternativa à pena de prisão. Argumentou-se na linha de que conceder a liberdade ao réu seria, em contrapartida, oferecer insuficiente proteção aos direitos fundamentais do cidadão. Por este argumento - raso e carente de técnica - o Estado não poderia, aos olhos do Judiciário, abrir mão do arsenal penal para coibir aquelas condutas. Ainda, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em HC, na Operação Lava Jato. Trata-se do HC 339.037/PR, 5ª turma, julgado em 15 de dezembro de 2015. Postulava-se a liberdade do réu por suposta incompletude dos requisitos necessários à manutenção de prisão preventiva (art. 312, do Código de Processo Penal). Valeu-se o Tribunal, com efeito, da noção dos deveres de proteção dos direitos fundamentais com o fito de justificar aquela medida de custódia cautelar. Sobressaltou-se, não obstante, a gravidade dos crimes e o alto risco de reiteração delitiva do réu, quem deveria permanecer preso, já que sua soltura resultaria numa proteção insuficiente dos direitos fundamentais da coletividade afetada. Com os exemplos, acompanhados por fortes críticas, cf. D'ÁVILA, Fabio; SCALCON, Raquel. "Constituição..." *In: IBCCRIM... op. cit.*, p. 51ss. No STF, a primeira manifestação do princípio da proibição da proteção insuficiente deu-se através do voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário n.º 418.376/MS, o qual deu relevância aos deveres estaduais de proteção no sentido de ser vedado ao Estado prescindir da persecução penal quando se trata da garantia de direitos fundamentais. O caso

referia-se à aplicação das causas de extinção de punibilidade do art. 107, VII - do Código Penal brasileiro, revogado pela Lei 11.106/05 - no contexto dos crimes sexuais. O recorrente havia sido condenado pelo estupro de pessoa menor de idade, que com ele residia e sob sua tutela encontrava-se. No caso, a união estável, por comparação, supostamente serviria como forma de extinguir a punibilidade do agressor por força do inciso VII, do art. 107, do Código Penal. Este referia-se ao casamento da vítima de crime sexual com seu agressor. A ideia, portanto, era de que, ao comparar a união estável com o casamento, o agressor não seria responsabilizado penalmente por ter se casado com a vítima. No voto do Ministro, menciona-se expressamente que a aplicação por analogia da causa de extinção de punibilidade do art. 107, VII, do Código Penal, caracterizaria “típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano geral, e do Judiciário, num plano específico.” Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.112, sobre a suposta inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 10.826/03, conhecida como Estatuto do Desarmamento, o princípio voltou à tona no voto do Ministro Gilmar Mendes. Considerando não inconstitucionais as restrições à concessão de fiança aos crimes previstos nos artigos 14 e 15, da referida lei, fez-se alusão às imposições constitucionais expressas e implícitas de criminalização e ao princípio da vedação da proteção insuficiente. Considerou o Ministro que o endurecimento do tratamento penal pelo legislador, naquele caso, era legítima consequência da livre discricionariedade legislativa em atenção ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Isto é, para o Ministro, o legislador, em atenção àquele princípio, optou por um tratamento penal mais severo, supostamente alinhado ao dever de proteção dos direitos fundamentais em causa. O Ministro, todavia, restou vencido. Afirmou o STF, por outro lado, que o legislador havia ultrapassado sua margem de legítima configuração, tendo atuado em excesso. Ainda sobre o Estatuto do Desarmamento, em *HC* n.º 104.410, julgado em 2012, pelo STF, a Segunda Turma considerou, por unanimidade, não inconstitucional a criminalização do porte de arma de fogo desmuniçada. O relator, Ministro Gilmar Mendes, salientou que a proibição da proteção deficiente limita o âmbito de discricionariedade da atividade legislativa incriminadora no sentido propulsivo, ressaltando que incumbe ao Estado a proteção de direitos fundamentais inclusive perante agressões de terceiros. Entendeu legítima a preocupação do legislador em coibir o uso, porte e posse de arma de fogo. Na decisão, concluiu-se de maneira unânime no sentido da não inconstitucionalidade da criminalização da posse de arma desmuniçada. Tal opção legiferante, para aquela Turma, seria, pois, justificada na medida em que atendia à margem mínima protetiva traçada pelo princípio. Na ADI 3.096, julgada pelo STF em 2010, versou-se sobre a inconstitucionalidade da aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95 – lei que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais - a crimes previstos na Lei 10.741/03, - Estatuto do Idoso - mais especificamente em relação ao seu art. 94, que permitia os benefícios. O STF declarou-a inconstitucional, parcialmente, e afastou-a da aplicação de qualquer medida despenalizante, ou de interpretação benéfica, ao autor de crime praticado em desfavor de idoso, permitindo-se, nesta linha, somente a aplicação do rito sumaríssimo e do princípio da celeridade processual. Veja-se que a norma permitia a aplicação do regime penal dos crimes de menor potencial ofensivo, trazido pela Lei 9.099/95, aos crimes de pena máxima privativa de liberdade que não ultrapassassem 4 anos de reclusão como pena, limiar no qual se inseria o art. 94. Amparando-se no art. 230, da CRFB, o Ministro Ayres Britto considerou inconstitucional a interpretação que permitia a aplicação daqueles benefícios despenalizadores por afronta aos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia. Aqui, também com base no princípio da proibição da proteção insuficiente, declarou-se inconstitucional a interpretação legal que oferecia benefícios processuais àquele que, segundo o STF, em verdade, estaria a cometer crimes graves. Beneficiar os réus, portanto, significaria dizer que Estado estaria a oferecer inferior proteção àquela necessária. Ainda, no julgamento do *HC* 106.212, julgado em 24 de março 2011, o pleno do STF debruçou-se sobre a inconstitucionalidade do art. 41, da Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha. Aqui, por unanimidade, o STF declarou não inconstitucional o óbice à aplicação dos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95 aos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. Na ADI 4.424 e na Ação declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, julgadas em 09 de fevereiro de 2012, discutiu-se novamente sobre a vedação da aplicação da Lei 9.099/95 - que, como visto, oferece diversos benefícios - no âmbito da violência contra a mulher (Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha). O STF utilizou-se do princípio da proibição da proteção insuficiente por exemplo, para defender a não inconstitucionalidade e a necessidade de proteção penal específica e mais rigorosa a mulheres vítimas de violência doméstica e de tratamento diferenciado entre homens e mulheres. Para o STF, aquelas situações de diferenciação, seriam decorrentes, por exemplo, do princípio da proibição de proteção insuficiente. Todos os supramencionados exemplos são trazidos, dentre muitos outros, em sede doutrinária, por Carlos Gustavo Coelho de ANDRADE, cuja digressão sobre o tema acompanha-se na generalidade. Cf. *Mandados... op. cit.*, p. 84ss. Com alguns exemplos, cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 166ss. Note-se, ademais, que, no julgamento da “homotransfobia”, previamente analisado, o princípio da proibição da proteção insuficiente também fez vozes. Em manifestação de Mérito, no MI, o Autor da ação

requereu a criminalização de condutas com base em suposta omissão inconstitucional por violação do princípio da proteção insuficiente. “Nem se diga que tal teoria (proibição de insuficiência) teria surgido ‘apenas’ para declaração de inconstitucionalidade de leis vigentes, para, com isso, se opor ao reconhecimento de omissões inconstitucionais com base nela. Com efeito, trata-se de hipótese notória de reconhecimento de omissão inconstitucional, sem uma tal restrição teleológica. O fato de ter surgido no contexto da declaração da inconstitucionalidade de leis descriminalizadoras não apaga o fato de que a inconstitucionalidade de tais leis era declarada em razão de gerarem omissões inconstitucionais. Logo, nada mais natural que a teoria da proibição de proteção insuficiente abarcar também as omissões inconstitucionais em geral, no mínimo como evolução da teoria, caso assim se prefira. Pois, repita-se, não há nada nos pressupostos da teoria que impeça sua aplicabilidade para o reconhecimento da mora inconstitucional do Legislativo em aprovar uma lei criminalizadora, quando se entenda que a criminalização é constitucionalmente obrigatória, por atendimento de mandado de criminalização implícito oriundo do atendimento dos requisitos da teoria do Direito Penal Mínimo. A saber, existência de bem jurídico relevante, indispensável à vida em sociedade (como o é a tolerância e, conseqüentemente, os direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero) e ineficácia dos demais ramos do Direito para proteger o bem jurídico-penal em questão.” (p. 18ss). Disponível em: «<https://independent.academia.edu/PauloLotti>». Acesso em 12 de fevereiro de 2020. No julgamento, o Ministro Celso de Mello, relator da ADO, invocou o voto do Ministro Gilmar Mendes no *HC* 104.410/RS, supramencionado, no sentido de que as normas dos incisos XLI e XLII, art. 5.º, CRFB - assim como todas as imposições expressas -, impõem ao legislador, para fiel cumprimento, o dever de observância do excesso e da insuficiência. Ademais, cita o voto do mesmo Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.112, no sentido de que os direitos fundamentais impõem ao Estado um dever de proteção, sob pena de o legislador, por inércia, transgredir a proibição de insuficiência. Também neste voto – ADI 3.112 -, o ministro Gilmar Mendes aduz, pelos valores protegidos pelas normas, que as imposições expressas brasileiras seriam instrumentos que explicitam o dever de proteção de direitos fundamentais identificado pelo constituinte e traduzido em normas impositivas de criminalização. Assim, apesar de normas formais, seriam controláveis, quanto à implementação, pelos princípios do excesso e da insuficiência. É dizer, a Corte poderia delimitar o *quantum* relativo ao necessário cumprimento, com base nos princípios constitucionais do excesso e da insuficiência, das imposições constitucionais expressas de criminalização. O Ministro Edson Fachin, relator do MI, agiu na mesma linha quando trouxe o voto do Ministro Gilmar Mendes no *HC* 104.410. Para o Ministro, de acordo com esse entendimento, o princípio da proporcionalidade, como proibição de proteção insuficiente, seria o fundamento pelo qual a Corte vinha reconhecendo que o direito penal seria o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pela Carta. O Ministro Alexandre de Moraes, por seu turno, também se referiu ao princípio, o qual autorizaria, naquele caso, a atuação criminal da proteção constitucional prevista no inciso XLI. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, os três vetores - que, a seu ver, viabilizavam o entendimento do inciso XLI como impositor de legislação criminal - seriam, no fundo, decorrentes do princípio que veda a proteção insuficiente. No ponto, deixar de criminalizar aquelas condutas seria violar o princípio da proporcionalidade na sua dimensão inferior. O Ministro Luiz Fux ressaltou que, de fato, o inciso XLI não era expresso na linha da criminalização específica daquelas condutas, além de demarcar somente um dever de legislar, penal ou extrapenalmente. Todavia, no caso, o dever de legislar penal decorreria implicitamente da Constituição, principalmente da dignidade humana e da igualdade. Assim, malgrado a ampla margem de discricionariedade legislativa, estar-se-ia flagrante insuficiência na prestação estatal protetiva. Por fim, a proteção deficiente seria o baluarte a dar concreção à inconstitucionalidade pela omissão legislativa parcial na implementação dos incisos XLI e XLII. Para a Ministra Carmem Lúcia, as imposições constitucionais expressas de criminalização também seriam normas formais que expressam o dever de prestação normativa em matéria penal, decorrente da noção de direitos fundamentais como valores objetivos. Assim, afere que as imposições expressas, portanto, como normas formais que consubstanciam o dever de proteção dos direitos fundamentais - aqui penal - seriam controláveis jurisdicionalmente pelo princípio da proibição do excesso e da proibição da proteção insuficiente. Para a Ministra, estas acepções permitiriam enxergar, no caso, omissão parcial decorrente de proteção insuficiente no cumprimento do inciso XLII, ou mesmo do XLI. Foi também, como esperado, a posição de Gilmar Mendes, o qual, no caso da “Homotranfobia”, ressaltou suas acepções aventadas em votos anteriores. Para o Ministro, as imposições expressas brasileiras seriam traduções do dever de proteção oriundo da faceta objetiva dos direitos fundamentais. Portanto, seriam controláveis pela proporcionalidade. Sublinha que, a princípio, a forma como o dever de proteção dos direitos fundamentais deve ser satisfeita é tarefa do legislador. Entretanto, a presença de imposições expressas faria recair, sobre o legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância dos princípios da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente. Afigura-se-nos que, neste ponto, atingiu-se o ápice do ativismo judicial com

De fato, o que se nota é que, no contexto brasileiro, o postulado da proibição da proteção insuficiente vem sendo utilizado pelo Judiciário no sentido do expansionismo penal. Repare-se que, “Com o simples emprego das expressões “deveres de proteção” ou “deveres de tutela” do Estado, afastam-se regras jurídicas que definem o âmbito de proteção de direitos fundamentais de liberdade, ou seja, de direitos oponíveis ao Estado. Ultrapassando os limites de sua competência e violando a legalidade estrita em direito penal, o poder judiciário, não raras vezes, afasta regras que consagram garantias ao acusado, valendo-se, para tanto, exclusivamente da ideia de que o Estado-juiz deve cumprir deveres de proteção de direitos fundamentais”²⁷⁴.

Levanta-se a questão, inclusive, se não se estaria a superar o princípio da necessidade da pena, de conteúdo primário restritivo, para propulsionar um expansionismo penal, em plena paradoxia. Seria esta expansão justificável, na medida em que se restringem direitos fundamentais para a preservação das condições essenciais de liberdade de outros?²⁷⁵ Uma resposta afirmativa, ao máximo, deveria ser proferida em sede legislativa, e não por Tribunais. Noutros termos, pensar por esta lógica seria aferir que “para cumprir deveres de tutela a certos direitos fundamentais, o Estado estaria legitimado a violar livremente *outros* direitos fundamentais. Ora, não haveria um imperativo de proteção também relativamente a esses outros direitos fundamentais? Não se estaria diante de uma violação tanto à exigência de concordância prática, isto é, de máxima eficácia possível aos direitos fundamentais imbricados, quanto à própria proibição de excesso nas restrições a direitos fundamentais?”²⁷⁶

base no princípio da proibição da proteção insuficiente. Se, por um lado, a Corte afastou-se da correta compreensão da teleologia constituinte e do correto controle de constitucionalidade em relação aos incisos XLI e XLII, do art. 5.º, CRFB, por outro lado, apoiou-se, ainda, no princípio constitucional da proibição da proteção insuficiente como forma de legitimar o auspício repressor. Com estas acepções, não deixou de “declarar o legislador omissor” com base em referido princípio, algo inviável, como aventado. E mais, utilizou-se do princípio, por conseguinte, com o fito de “justificar” a tipificação provisória implementada. Por fim, repare-se. Parece postura da Corte, como de parte da doutrina, no sentido de que muitas imposições constitucionais expressas de criminalização, no contexto brasileiro, são expressões, pelo constituinte, do dever de proteção jurídico-penal a direitos fundamentais. De fato, estes direitos encontram-se, na generalidade, no polo protetivo destas normas. Ainda, parece correto afirmar que, no cumprimento do ditame, o legislador deve balizar-se pelos princípios que vedam o excesso e a insuficiência. Todavia, e aqui está a questão, seria possível - como afirmaram alguns Ministros em sede de “Homotransfobia” - ulteriormente, isto é, após o cumprimento de imposição expressa, o Tribunal aferir que este restou, ao fim, insuficiente, impelindo o legislador na tipificação de condutas? Crê-se que não.

²⁷⁴ Cf. D’ÁVILA, Fabio; SCALCON, Raquel. “Constituição...” In: *IBCCRIM... op. cit.*, p. 55.

²⁷⁵ Cf. PALMA, Maria Fernanda. “O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade.” In: *Revista Julgar*. n.º 29, 2016, p. 106ss.

²⁷⁶ Cf. D’ÁVILA, Fabio; SCALCON, Raquel. “Constituição...” In: *IBCCRIM... op. cit.*, p. 55.

Ressalte-se, "O objectivo da indagação e da decisão jurisdicionais não é encontrar, confirmar ou rejeitar a pretensa melhor solução, a mais correcta, a politicamente ajustada - tudo isso é tarefa do legislador -, mas tão só verificar as questões de constitucionalidade, apurar se a solução do legislador viola ou não normas ou princípios constitucionais"²⁷⁷. Como intérprete da Constituição, o juiz constitucional não poderá arrogar a função de criador de normas em matéria penal. "Se os tribunais não são «a boca que pronuncia as palavras de lei», então terão de deter, no equilíbrio da separação de poderes, um controle das normas que emitem, através das suas decisões, tal como o próprio legislador"²⁷⁸.

Neste ponto, portanto, "O problema ocorre não quando o tribunal considera uma restrição excessiva, afastando-a, mas sim quando considera uma restrição insuficiente, intensificando-a pela própria via judicial (e não mediante lei). No primeiro caso, tem-se o afastamento judicial de uma restrição a direitos fundamentais; no segundo, uma intensificação/judicial de uma restrição a direitos fundamentais"²⁷⁹. Cumpre, enfim, que se renovem as advertências: "(i) a existência de um limiar mínimo de tutela não importa, desde logo, que essa tutela deva se realizar por meio de normas penais; (ii) aos juízes não compete, substituindo-se ao legislador, decidir sobre a *melhor* opção política; compete-lhes, tão somente, afastar a decisão política *incompatível* com a Constituição. Agir diferentemente seria subverter o sistema de garantias, o princípio da legalidade e, com isso, o regime democrático"²⁸⁰.

3.6. Inconstitucionalidade por ação

Seguindo a lógica até agora traçada, seria possível afirmar que o bem jurídico vida encontra-se, no que toca à proteção penal, ao sabor legislativo? Seria este somente um indicativo de criminalização? Até o momento, não se vislumbrara nenhuma imposição expressa neste sentido. Outrossim, perfez-se um caminho – no plano implícito – alinhado à ampla margem de conformação legislativa. Chegou-se, inclusive, a afirmar que uma omissão protetiva a direitos fundamentais não é, a rigor, sindicável judicialmente pela

²⁷⁷ Cf. NOVAIS, Jorge. *Direitos... op. cit.*, p. 133.

²⁷⁸ Cf. PALMA, Maria Fernanda. "O legislador negativo e o intérprete da Constituição." *In: Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, Madrid, 2008, p. 324.

²⁷⁹ Cf. D'ÁVILA, Fabio; SCALCON, Raquel. "Constituição..." *In: IBCCRIM... op. cit.*, p. 52, nota 25.

²⁸⁰ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 170.

inconstitucionalidade por omissão. Contudo, alegou-se, também, que, perante excepcionais e “gritantes”²⁸¹ casos, o Tribunal poderia sindicatizar a aferição da devida carência de tutela penal. Resta saber, portanto, quais seria estes casos extraordinários.

Dir-se-á que, mesmo em ordens valorativas abertas, seria possível determinar um núcleo restrito de proteção penal imperativa decorrente dos valores mais essenciais à pessoa humana, sob pena de o Estado frustrar seu dever de proteção numa tutela insuficiente. Seriam situações, por evidente, de manifestas dignidade e carência de tutela penal, pelo que, sem embargo, não estaria o juiz a substituir-se ao legislador. Estar-se-ia, neste particular, perante casos flagrantes em que o Tribunal, por seu turno, não precisaria proceder a complexas comprovações empíricas – em substituição ao legislador - para concluir pela necessidade de tutela penal que deve ser oferecida.²⁸² O juiz constitucional basear-se-ia, portanto, em “dados empíricos não controvertidos, assim aquilatáveis a partir de um certo consenso intersubjetivo”²⁸³.

Neste ponto, pois, poder-se-á, legitimamente, pensar na possibilidade de se “transferir ao Poder Judiciário (ou ao Tribunal Constitucional) a possibilidade de sindicatizar, em hipóteses extremas, assim oferecidas pela magnitude do bem ou do valor e pela repulsividade da agressão que se lhe patrocina, o juízo de (des)necessidade de tutela penal, em primeiro momento acometido ao legislador”²⁸⁴. Ora, no que toca ao plano jurídico-constitucional, se quer o Tribunal sindicatizar tarefa acometida, num primeiro momento, ao legislador – e, se como visto, em caso omissivo, perante suposta imposição implícita de criminalização, nada poderá fazer o Tribunal -, só poderá fazê-lo, portanto, *a posteriori*, isto é, após o concreto atuar legislativo.

Será somente nestes casos, com base num *facere*, que poderá pensar-se na sindicância, pelo Tribunal da carência de tutela penal com base no princípio da proibição da proteção insuficiente. “Em consequência, no âmbito da jurisdição constitucional, a adoção da proibição de proteção deficiente autorizaria o afastamento, por invalidez, de normas que, por retirarem a proteção legal anteriormente conferida a um determinado direito fundamental, introduziriam, nesse determinado ordenamento ‘posto’, uma situação de manifesta infraproteção”²⁸⁵. Nestes específicos casos, poder-se-á inferir, portanto, que a

²⁸¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal... op. cit.*, p.130.

²⁸² Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 304ss.

²⁸³ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p.167.

²⁸⁴ Cf. FELDENS, Luciano. “Constituição...” *In Novos...op. cit.*, p. 399.

²⁸⁵ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 167.

inconstitucionalidade manifestasse pelo “«silêncio» legislativo” externado, paradoxalmente, pela atuação normativa, ou seja, a norma inconstitucional, que descriminaliza aquelas condutas, exprime, ao fim, um silêncio protetivo. Portanto, na presença de atos legislativos desta monta, “nada há que impeça que uma lei descriminalizadora seja atacada por vício de inconstitucionalidade por acção”²⁸⁶. Nesta linha, no fundo, se se que pensar em imposições constitucionais implícitas de criminalização, melhor que sejam aferidas como imposições constitucionais implícitas de não descriminalização.

No plano substancial, observe-se que, nestes casos, uma eventual descriminalização seria mesmo contrária à razão de ser do direito penal. Aqui, a proteção penal seria fator evidente. “Uma evidência fruto de um *claro consenso*. E, logicamente, um consenso de tal ordem não teria porque estar explicitado na Constituição”²⁸⁷. Veja-se, por exemplo, que a CE, de 1978, não impõe expressamente ao legislador a criminalização de atentados contra o bem jurídico vida (art. 15, CE) De fato, do preceito não se pode retirar explicitamente a obrigação de castigar penalmente. “*Otra cosa es que, naturalmente, el sistema de valores imperante en la actualidad no permita poner en duda que, tanto respecto a éste, como a otros bienes estrictamente fundamentales, sea necesaria, e incluso obligada, su tutela penal dada la existencia de un claro consenso en relación con la importancia del valor a proteger. Y quizá por ello el legislador constituyente no hizo ninguna mención expresa a la obligación de protección penal de los mismos*”²⁸⁸.

Veja-se o exemplo comparativo que, neste ponto, pertinentemente resvala. “Ilustrativamente, enquanto é cogitável a exclusiva utilização de meios *não penais* para a redução da ocorrência de evasões de divisas caso eles se revelem mais eficazes a tanto, o mesmo raciocínio não se aplica com facilidade aos delitos de homicídio ou de tortura. Ora, dificilmente haveria a sua descriminalização sob o fundamento de que o direito administrativo sancionador seria mais eficiente. Nesse contexto, observa-se, de maneira quase intuitiva, que, à medida que se extrapola o ‘mítico *Kernstrafrecht*’ (núcleo o Direito Penal), supostamente composto pelos delitos mais graves contra a pessoa humana, aumenta-se o espectro de respostas legislativas *a priori* válidas”²⁸⁹. Assim, “Tal assertiva ampara-se no argumento de que a criminalização em questão se justifica porque apenas o meio penal

²⁸⁶ Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo... op. cit.*, p. 197ss.

²⁸⁷ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 94.

²⁸⁸ Cf. LORENTE, José Muñoz. “Análisis...” *In: Anuario... op. cit.*, p. 71, nota 3.

²⁸⁹ Cf. SCALCON, Raquel. *Controle... op. cit.*, p. 190.

seria adequado e, logo, necessário, à promoção eficaz dos fins objetivados. Em relação à criminalização assentada eminentemente no grau de intolerabilidade da ofensa a relevante bem jurídico constitucional (em razões de justiça, portanto), uma baixa eficácia da norma penal em termos de prevenção não seria razão suficiente para deslegitimar a criminalização, uma vez que justificada em fundamentos de outra natureza”²⁹⁰.

Serão objetos de proteção penal imperativa, portanto, os valores prementes no sistema, elementos do núcleo do direito penal. Bens que, em regra, encontram-se já na guarida criminal, daí decorrer a possibilidade de inconstitucionalidade por ação que ofereça proteção inferior àquela. Seriam valores tão importantes, como a vida, que imposições expressas neste sentido seriam mesmo “supérfluas”²⁹¹. O liame entre estes bens e direito penal faz-se, pois, de maneira imperativa e histórica, isto é, são bens jurídicos aferidos “a partir da positividade histórica do Direito Penal”²⁹². Não obstante, deve-se sublinhar, referidos bens devem encontrar-se, invariavelmente, perante gravíssimas e reiteradas agressões, estas sanáveis, invariavelmente, pelo meio penal.²⁹³

Neste restrito núcleo, portanto, figuram elementos de incontestável dignidade penal, de extremada danosidade social e de evidente necessidade de intervenção penal²⁹⁴, bens jurídicos historicamente caros ao direito penal. Nesta lógica, por óbvio, aparece, em posição primária, o bem jurídico vida. Aqui, “(...) não haverá como não reconhecer quanto a ele uma imposição constitucional *implícita* de criminalização de natureza *absoluta* (uma imposição constitucional *implícita* de não descriminalização), no sentido de relativamente ao dever estadual de proteção de tal direito fundamental não sobrar, no caso, qualquer margem para a consideração de qualquer outro meio de tutela”²⁹⁵. Quanto aos atos

²⁹⁰ Cf. SCALCON, Raquel. *Controle... op. cit.*, p. 192.

²⁹¹ Elas existem, é verdade, ainda que raras. São exemplos o art. 28, da Constituição da Bulgária, de 1991: “*Everyone shall have the right to life. Any attempt upon a human life shall be punished as a most severe crime.*”; e o art. 24, da Constituição do Uzbequistão, de 1992: “*The right to exist is the inalienable right of every human being. Attempts on anyone’s life shall be regarded as the gravest crime.*” Cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 134ss.

²⁹² Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito... op. cit.*, p. 53.

²⁹³ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 96.

²⁹⁴ Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 299.

²⁹⁵ É a posição de Maria João ANTUNES, quem, não obstante, traz o exemplo da posição semelhante do TC português no Acórdão 59/95, responsável por apontar a existência de uma imposição constitucional implícita de criminalização na hipótese de não se considerar crime a prática do homicídio. Veja-se fragmento: “As especificidades formais que o princípio da legalidade e o princípio da jurisdicionalidade dão ao direito penal são assim essenciais ao seu conceito constitucional. Mas também pode haver inconstitucional degradação do direito penal: assim, por exemplo, se uma infração, com a gravidade do homicídio, não fosse punida como crime, ou se a prisão fosse imposta como pena disciplinar fora do direito disciplinar militar. No primeiro caso,

delituosos, são ao direito penal historicamente imbricados, como se componentes indissociáveis de uma amálgama fossem. Enfim, aquelas condutas criminosas que atentam, de forma mais cabal, à própria pessoa humana.²⁹⁶

Indaga-se, "Seria mesmo possível a um Estado Democrático de Direito descriminalizar, declarar impuníveis ou declarar irrisória multa ao homicídio, à extração compulsória de órgãos, à escravidão e ao estupro praticado contra qualquer pessoa em seu território? Estaria tal possibilidade dentro da esfera da discricionariedade legislativa?"²⁹⁷ É evidente que não. Uma resposta afirmativa seria, aqui, forma de endossar o retrocesso. Veja-se, pois, que a indisponibilidade do direito penal, neste particular, é verdadeira garantia do cerne axiológico do Estado democrático de Direito, funcionando como "barreira aos atos erosivos contra tais categorias e autênticas cláusulas pétreas do ordenamento"²⁹⁸.

Assim, ao contrário das imposições expressas, as imposições implícitas seriam de "conteúdo impeditivo"²⁹⁹, impedem a descriminalização de certas condutas relacionadas às

seria violado o direito à vida (artigo 24.º da Constituição) que vincula o legislador a sancionar penalmente as formas incompatíveis da sua ofensa (artigo 18.º, n.º 1). Por esta via está o legislador penal obrigado a defender as valorações ético-jurídicas fundamentais da Constituição." Cf. ANTUNES, Maria João. *Constituição... op. cit.*, p. 69. Para Maria Fernanda Palma, o "território das eventuais incriminações obrigatórias está sobretudo relacionado com a proteção da vida, podendo manifestar-se também na objeção à descriminalização de certos casos de eutanásia." Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito... op. cit.*, p. 110. Para outros, a vida e a integridade física. Cf. TURESSI, Flávio. *Bens jurídicos... op. cit.*, p. 174. Ainda, a vida, a dignidade humana e a liberdade seriam os responsáveis - diante das formas mais graves de ataque - por atrair o imã penal, verdadeiros bens primários no âmbito de uma sociedade democrática. Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 97; cf. FELDENS, Luciano. "Constituição..." *In: Novos... op. cit.*, p. 399ss. Para outra parte da doutrina, o núcleo duro do direito penal seria mais abrangente. Há aqueles que creem na tutela penal imperativa em relação à vida, à saúde e ao bem-estar do povo. Cf. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 11.ª edição, março de 2007, p. 90. Não obstante, aqueles que assim entendem os graves ataques contra os direitos fundamentais à vida, à integridade física, à liberdade, além de graves violações a direitos humanos, em especial aquelas propiciadas pela intervenção, anuência, omissão ou tolerância de agentes públicos. Cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 61ss. Aqueles que enxergam a imperatividade da proteção penal em relação a bens jurídicos como a vida, a integridade corporal, a liberdade ambulatoria e mesmo a propriedade. Cf. TIEDMANN, Klaus. "Constitucion..." *In: Revista... op. cit.*, p. 167. Para outros, teriam primazia os valores "clássicos" e primordiais, como a vida, a liberdade, a honra, a integridade física e a propriedade. Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 321. Outrossim, a vida, a fé pública e, inclusive, o direito ao meio ambiente, bens tão importantes ao direito penal que justificam uma não expressão constitucional neste sentido Cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. "Constituição..." *In: Revista... op. cit.*, p. 168. De maneira ampla, na linha de que todos os direitos fundamentais devem ser penalmente protegidos, devendo o direito penal voltar-se ao combate dos crimes que impeçam a concretização destes direitos em suas mais variadas dimensões, cf. STRECK, Lênio Luiz. "Bem jurídico..." *In: Boletim... op. cit.*, p. 311.

²⁹⁶ São exemplos o homicídio doloso, sequestro, violação sexual, submissão de terceiro à escravatura ou condição análoga. Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 97. O homicídio, o genocídio e as lesões corporais graves e as graves ofensas à liberdade. Cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 299. O homicídio, a tortura, o estupro, o sequestro e a escravidão. Cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 65, 315, 360.

²⁹⁷ Cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 371, nota 842.

²⁹⁸ Cf. FLACH, Michael. "Mandados..." *In Revista... op. cit.*, p. 39

²⁹⁹ Cf. LIMA, Alberto; SILVA, Nathália. "Análise dogmática..." *In Revista... op. cit.*, p. 846.

mais graves agressões em relação aos mais importantes valores constitucionais. Ou seja, a “vedação incidirá apenas nestas hipóteses-limites (...) Aqui, os mandados implícitos de descriminalização terão *efeito paralisante*, impedido que o legislador ordinário ab-rogue, derogue, ou torne *manifestamente desproporcional* a proteção dada pelo tipo penal incriminador (...)”³⁰⁰.

Por conseguinte, depreende-se que, com o fito de ostentar tal clausura ao direito penal, estariam fora de questão, aqui, matérias sensíveis. Deve-se permear territórios essencialmente penais, alheios – indubitavelmente - a formas outras de proteção. Só assim poder-se-á afirmar a existência de imposições constitucionais implícitas de não descriminalização - “(ou limites materiais implícitos à despenalização)” - racionalmente deduzíveis da aplicação em concreto da Constituição Penal, na qual “a Constituição formal é o ponto de partida, mas não o ponto de chegada”³⁰¹. Estão excluídos, portanto, elementos da zona cinzenta, ou “zona *gris*”, área de transição entre as zonas da obrigação e de conveniência em se legislar penalmente.³⁰² Mesmo que sejam condutas graves e relacionadas a importantes bens, não informam uma carência de tutela penal *tout court* indubitável e imprescindível. São zonas em que a política-criminal prevalece. Assim, onde “houver debate político-social entre políticas criminais constitucionalmente admissíveis”³⁰³, não haverá, por incompatibilidade, como se falar em imposição constitucional implícita de não descriminalização, perspectiva que, ao fim, afigura-se-nos como a mais correta no tema das imposições constitucionais implícitas de criminalização, visto que, afinal, será a única forma em condições de ser legítima e jurisdicionalmente sindicada.³⁰⁴

³⁰⁰ Cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 372.

³⁰¹ Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 93.

³⁰² Cf. FELDENS, Luciano. *Direito... op. cit.*, p. 96ss; cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados... op. cit.*, p. 61ss.

³⁰³ Cf. ANDRADE, Carlos. *Mandados... op. cit.*, p. 372.

³⁰⁴ Note-se, portanto, que nem a temática relacionada à interrupção voluntária da gravidez é, em verdade, exemplo de imposição constitucional implícita de criminalização, nem mesmo de descriminalização. Apesar de, é verdade, esta matéria estar intimamente atrelada – inclusive como precursora – à temática das imposições implícitas, não é, de fato, um bom exemplo. O aborto, em Alemanha, fora, ao fim, descriminalizado, aceitando-se a “regra do prazo” em adição a mecanismos preventivos. Lembre-se que, no aborto II, a opção legislativa não fora declarada inconstitucional, tendo sido o legislador advertido a proceder a reformulações. E, observe-se, o tema não se fez presente só em Alemanha, mas permeou o contexto europeu - sempre conectado à concepção de se saber, no fundo, quais os limites implícitos ao legislador penal na criminalização, ou descriminalização, de condutas. No que respeita ao tema da interrupção voluntária da gravidez, no cenário português, no qual também a interrupção voluntária da gravidez é descriminalizada, sob certas condições, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa).” *In: Revista de Legislação e Jurisprudência*. n.º 3998, 2016, p. 252ss; cf. ANTUNES, Maria João. *Constituição... op. cit.*, p. 68; cf. ANTUNES, Maria João.

CONCLUSÃO

É verdade, o tema das imposições constitucionais de criminalização engendra mais perguntas do que respostas. Não por acaso. Trata-se, afinal de enxergar a Constituição como fundamento ao direito penal, o que, indubitavelmente, demarca uma nova relação - nada pacífica - entre o quadro jurídico-constitucional e aquele que detém legitimidade à criminalização de condutas, o legislador. Numa primeira linha, pode-se perceber que, de fato, as imposições constitucionais expressas de criminalização, como normas de eficácia limitada, demarcam uma conexão regulatória sobre o legislador na criminalização de condutas. Só este, mediante ulterior atuação normativa, poderá conferir plena eficácia àquela norma e, por consequência, cumprir os ditames constitucionais. Pelo princípio da legalidade, ainda que a criminalização venha expressamente requerida pelo quadro constitucional, a atividade legislativa é, ao fim, imprescindível em matéria penal.

E viu-se, nesta linha, que esta nova acepção traçada pela Constituição não prescinde de suas razões. Como visto, o legislador constituinte, quando procede à demarcação de condutas e bens que, necessariamente, deverão encontrar-se atrelados à proteção penal, não o faz sem motivação. Esta em causa, inexoravelmente, o condicionalismo que permeia aquele contexto específico, do qual não poderá olvidar uma correta análise do tema. Entretanto, no fundo, pode-se perceber, que, de fato, ainda que a presença das imposições constitucionais expressas de criminalização seja uma faculdade da qual desfruta o legislador constituinte, faz-se possível averiguar uma certa concordância entre os bens e as condutas destinados ao manto penal pela Constituição.

Num primeiro plano, encontram-se as imposições constitucionais expressas de criminalização incumbidas de conferir proteção penal - de forma mais direta - ao próprio

“Problemática penal no Tribunal Constitucional Português”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 19, v. 92. 2011 p. 18ss. Ainda, cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever... op. cit.*, p. 48ss. De maneira ampla sobre o tema da interrupção voluntária da gravidez, cf. CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição... op. cit.*, p. 363ss. Com extensa digressão doutrinária e jurisprudencial acerca da temática da interrupção voluntária da gravidez no cenário europeu - como precursora da noção de imposição constitucional implícita de criminalização -, designadamente no plano austríaco, espanhol e português cf. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi... op. cit.*, p. 102ss. Note-se, ademais, que o tema da eutanásia fez vozes, no contexto português, recentemente. Foram aprovados, na generalidade, pelo Parlamento, em 20 de fevereiro de 2020, cinco Projetos de Lei concernentes à despenalização da eutanásia, os quais devem, ainda, ser discutidos na especialidade. O que não deixa de levantar novas indagações, é verdade, sobre as extensões da margem legislativa no plano da despenalização que se refira propriamente ao direito à vida. São os Projetos de Lei 104/XIV, do PS; 4/XIV, do Bloco de Esquerda; 67/XIV, do PAN; 168/XIV, do PEV; e 195/XIV, da Iniciativa Liberal. Disponíveis em: <<https://www.parlamento.pt/>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

Estado e à própria ordem democrática. São características, sobretudo, de Constituições de transição, daí a utilização, pelo constituinte, da arma mais forte da qual dispõe o Estado, o direito penal. De forma mediata, mas ainda atinente à integridade estatal, inferem-se imposições incumbidas da proteção aos direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, em situações específicas. Como verdadeiras garantias criminais, trazem à baila, de maneira fortificada, a consagração, via proteção penal, de direitos fundamentais específicos amplamente inimizados em períodos antecessores, pelo que também são marcas de transição.

Numa segunda categoria, depreendem-se aquelas imposições expressas mais fortemente atreladas ao condicionalismo-histórico que permeia as Constituições. Assinalam a proteção de pessoas ou direitos fundamentais específicos com o forte baluarte criminal, necessário, aos olhos constituintes, naquele específico caso e naquele específico contexto. Isto é, são fruto da vontade democrática originária como expressão da atenção a direitos fundamentais designados, carentes de forte proteção em determinada realidade. Por fim, uma terceira e última categoria exsurge quando se vislumbram imposições constitucionais expressas de criminalização incumbidas de conferir proteção penal a bens emergentes, valores que, à época da promulgação das Constituições, não eram um dado adquirido no setor penal. São, portanto, projetos - ou apostas - constituintes que, ao fim, denotam uma visão prospectiva da Constituição.

No que toca mais especificamente à nova relação que compartilham legislador e Constituição como fundamento exposto ao direito penal, observa-se que, invariavelmente, o legislador encontra sua discricionariedade cingida perante normas deste calibre. É dizer, num primeiro plano, a Constituição, pelo plano metodológico-formal, garante o cumprimento daquelas normas na medida em que as confere força normativa em superioridade hierárquica, o que implica, ao fim, sujeitá-las ao controle de constitucionalidade. Isto é, não haveria porque a Constituição prever ordens deste tipo se, por outro lado, não as pudesse fazer cumprir. No plano penal, esta ideia reflete-se no fato de que, informa maioritariamente a doutrina, o legislador constituinte teria, de fato, procedido à antevisão dos critérios materiais do delito - num plano ordinário, tarefa do legislador -, dignidade e carência de tutela penal. Em síntese, forma ou outra, o legislador estaria, no fundo, obrigado a proceder ao cumprimento das imposições constitucionais expressas de criminalização.

Bem se vê, a questão parece resolvida quando se adentra propriamente aos mecanismos do controle de constitucionalidade. Num primeiro plano, pelo fato das imposições expressas definirem, mormente, uma obrigação sobre o legislador relativa à expedição de crimes, um *facere*, estas normas fazem parte do universo da inconstitucionalidade por omissão, no qual, como visto, é de se esperar, pelo Tribunal, a exortação legislativa. Todavia, no cenário brasileiro, como foi possível perceber do caso prático da “Homotransfobia,” o tema das imposições constitucionais expressas de criminalização parece destoar de uma correta compreensão e aplicação. Retira-se do caso, *a priori*, uma incongruência acerca da correta compreensão da teologia que informam algumas imposições expressas presentes no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Não obstante, retira-se a noção - mais importante - de que os Tribunais brasileiros veem se utilizando das noções de imposições constitucionais de criminalização com o intuito da expansão penal, o que levanta a questão, no fundo, de se saber os corretos limites entre a jurisdição constitucional e o legislador ordinário, único legitimado, pela própria Constituição, à criminalização de condutas.

Ainda no plano do controle de constitucionalidade, as imposições expressas podem, como visto, projetar inconstitucionalidades por ação. Isto é, o legislador, quando confere cumprimento ao mandamento constitucional, pela emissão de lei criminalizadora, estará, por conseguinte, vedado à ação contrária. Primeiro, portanto, não lhe será permitido proceder à descriminalização das condutas anteriormente tipificadas em cumprimento à imposição constitucional expressa de criminalização. Outrossim, será possível, ainda, que recaia em inconstitucionalidade comissiva em decorrência da forma de cumprimento da questão. No ponto, ainda que a Constituição adiante tarefas, o legislador deverá balizar-se pelas regras e princípios constitucionais, ou seja, nada obsta que incorra, aqui, em inconstitucionalidade por ação.

No plano implícito, a matéria apresenta-se de maneira mais sensível. A ideia de imposições constitucionais implícitas de criminalização, de fundamento material e como resultado do que veio a se chamar de dever de proteção dos direitos fundamentais, não é, como visto, sinônimo da proteção penal imperativa. Na verdade, o legislador não se encontra vinculado por contexto prévio, mas somente balizado pelos princípios da proibição do excesso - limiar superior - e pelo princípio da proibição da proteção insuficiente - limiar

inferior, encarregados de circundarem a legitimidade penal no plano constitucional, nomeadamente, no plano do dever de proteção de direitos fundamentais a cargo do Estado

Nesta linha, concluiu-se, o legislador penal estará obrigado à criminalização de condutas somente em casos excepcionais. Isto porque deverá por ele ser aferido – já que a Constituição não se adianta neste sentido, como o faz em sede de imposições constitucionais expressas de criminalização -, inevitavelmente, o elemento da carência de tutela penal. Noutros termos, deverá ainda o legislador aferir que, naquele específico caso de dever de proteção, só a proteção penal será suficientemente correspondente à tutela exigida pelo direito fundamental. Assim, não se poderá falar propriamente em imposição constitucional implícita de criminalização. Como bem demonstra o controle de constitucionalidade, nestes casos, o legislador penal, em suposta omissão implícita, não poderá ter sua inércia declarada inconstitucional pelo órgão responsável pela jurisdição constitucional. Pela ausência de norma expressa neste sentido, pelos princípios da legalidade e da separação de poderes, pela ampla margem que, *prima facie*, é conferida ao legislador, e, ainda, pela insegurança dos fins e efeitos da pena, a omissão, neste ponto, seria não inconstitucional.

À inversa, o contexto é outro no plano da inconstitucionalidade por ação. É verdade, dir-se-á que, mesmo assim, seria possível depreender da Constituição valores e condutas que, forma ou outras, estariam indissociável e historicamente atrelados ao direito penal. Partes da própria essência de ser do direito penal, são elementos de seu núcleo e, por consequência, encontram-se, em regra, já sob este manto protetor específico. Nestes casos, em que figura em primazia o bem jurídico vida, o legislador estará perante, na verdade, imposições constitucionais implícitas de não descriminalização. Uma atuação legislativa que pretenda, neste particular, descriminalizar - ou mesmo oferecer uma redutora proteção - estaria mesmo a contrariar a lógica da razoabilidade. Veja-se, a exemplo, como esta ideia torna-se transparente se se pensa na possibilidade de se descriminalizar o homicídio, completo absurdo.

No fundo, um juízo parece correto: ainda que a Constituição possa colocar-se como fundamento ao direito penal, requerendo a criminalização de condutas, fato é que, inevitavelmente, e sobretudo pela legalidade e pela separação de poderes, a atuação legislativa é imprescindível. Estas ideias, no plano da constitucionalidade por omissão, traduzem-se, em primeira linha, na impossibilidade do Tribunal – seja via aspirações formais, seja via aspirações materiais - proceder à criminalização de condutas - substituindo-

se ao legislador - mesmo em suposto cumprimento à Constituição. Nestes casos, como obriga a própria Carta, o legislador deverá ser, ao máximo, exortado. Por outro lado, naqueles casos em que o controle de constitucionalidade das imposições constitucionais de criminalização se manifeste pela inconstitucionalidade por ação, seja no plano expresso, seja no plano implícito, o legislador estará mais fortemente sujeito ao controle do Tribunal. Nestes casos, não há, pode-se dizer, uma substituição ao legislador. Aqui, a Constituição age em função precípua, como limite. Ao Tribunal, por seu turno, não seria preciso a aferição de tarefas, em princípio, a cargo legislativo. De fato, neste setor, caso o legislador descumpra, por ação, imposições constitucionais de criminalização, pode-se dizer que a criminalização de condutas não será exortada, mas obrigada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. "Os efeitos do mandado de injunção coletivo." In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.

AMELUNG, Knut. "El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos." In: *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.), Marcial Pons, 2016.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ANDRADE, Manuel da Costa. "A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime." In: *Revista portuguesa de ciência criminal*. Lisboa, 1992.

ANTUNES, Maria João. "Novos desafios da jurisdição constitucional em matéria penal." In: *Direito penal e política criminal*. (Org.) Fábio Roberto D'Avila, Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

ANTUNES, Maria João. "Problemática penal no Tribunal Constitucional Português." In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 19, v. 92. 2011.

ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 11.^a edição, março de 2007.

BRANDÃO, Nuno. "Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso." *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I. Direito Penal, 2017.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9), 2013. Disponível em: «<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>». Acesso em: 23 de setembro de 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Quadro histórico artigo 7º, inciso X da Constituição Federal de 1988*. Centro de Documentação e Informação. Disponível em: «<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/30739>». Acesso em: 13 de agosto de 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Quadro histórico artigo 225 da Constituição Federal de 1988*. Centro de Documentação e Informação. Disponível em: «<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/36879>». Acesso em 25 de julho de 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Quadro histórico artigo 227 da Constituição Federal de 1988*. Centro de Documentação e Informação. Disponível em: «<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/39286>». Acesso em: 24 de setembro de 2020.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. "Comentário ao artigo 5.º, XLI". *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

BUNZEL, Michael. "La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como limite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información." *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.), Marcial Pons, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Justiça Constitucional e Justiça Penal." In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. n.º 58. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7.ª ed. 16 reimp. Coimbra. Almedina, 2003.

CARVALHO, Erick Beyruth de. "As v(e)ias abertas do constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado das omissões inconstitucionais." In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.

CHADDAD, Maria Cecília Cury; PIOVESAN, Flávia. "Mandado de injunção: balanço jurisprudencial e impacto da Lei n.º 13.300/16." In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.

COSENTINO, Francesco; FALZONE, Vittorio; PALERMO, Filippo. *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*. Roma: Colombo, 1948.

COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 3.ª ed. Coimbra Editora, 2012.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. 1.º ed. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'ÁVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. "Constituição e direito penal. Novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira". In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. "O 'direito penal do bem jurídico' como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)." In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. n.º 3998, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal : parte geral : tomo I : questões fundamentais : a doutrina geral do crime*. São Paulo: 1.^a ed. Editora Revista dos Tribunais. Coimbra: 2.^a ed. Coimbra Editora, 2007.

DISSENHA, Rui Carlo. "Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional." *In: Revista Raízes Jurídicas*. Curitiba. v. 4. n.º 2. 2008.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. "Constituição e escolha de bens jurídicos". *In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. v.4. 1994.

ELOLA-OLASO, Fernando Galindo; RIPOLLÉS, Alejandro Rastrollo. *Sinopsis artículo 45*. Disponível em: [«https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=45&tipo=2»](https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=45&tipo=2). Acesso em 13 de abril de 2020.

FAVA, Marcos; MALLETT, Estevão. "Comentário ao artigo 7.º, X." *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

FELDENS, Luciano. "Comentário ao artigo 5.º, XLII". *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

FELDENS, Luciano. "Comentário ao artigo 5.º, XLIII". *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

FELDENS, Luciano. "Comentário ao artigo 5.º, XLIV". *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a edição. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

FELDENS, Luciano. "Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar." *In: Novos Rumos Do Direito penal Contemporâneo*. (Org). SCHMIDT, Andrei Zenkner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.1. 2006.

FELDENS, Luciano. *Direito Penal e Direitos Fundamentais: A Constituição Penal*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2012.

FELIX, Yuri; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. *Crimes Hediondos*. 7ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FLACH, Michael. "Mandados de Criminalização, tutela penal e Constituição." *In: Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. v. 7, 2015.

GAMA, Marina Faraco Lacerda; NÓBILE, Aline Carvalho. "Além do 'legislador negativo' ou 'positivo': um caminho para a efetividade da Constituição." *In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Omissão inconstitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. "Desafios aos princípios da legalidade e da culpabilidade diante das alterações jurisprudenciais no direito penal" *In: Direito penal e política criminal*. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO, Luís. "A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa." *In: Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*; coordenação Kai Ambos, María Laura Böhm. 1. ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GUITIÁN, Luis Gonzáles. "Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente." *In Estudios Penales y Criminológicos*. vol. XIV. 1991.

HASSEMER, Winfred. "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?" *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016.

KUNZE, Andreas. *Der Stellenwert des Art. 26 I GG innerhalb des grundgesetzlichen Friedensgebotes. Zugleich Universität Bielefeld*. Dissertation. Juristische Reihe Tenea, 2004.

LAGODNY, Otto. "El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional." *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.) Marcial Pons, 2016.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SILVA, Nathália Ribeiro Leite Silva. "Análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais." *In: Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. Brasília. v.2. n.º 1. 2016.

LIMA, João Alberto de Oliveira. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

LORENTE, José Muñoz. "Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional." *In: Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Vol. LIV. 2001.

MENUDO, Francisco López. "El derecho a la protección del medio ambiente." *In Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 10, 1991.

MONTEIRO, Arthur Maximus. *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*. Curitiba: Juruá, 2015.

MUNIZ, Ronaldo Pereira. "Crimes decorrentes de preconceito - Lei n.º 8.716/89. Análise dos princípios e dos mandados de criminalização." *In: Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente-SP*. v. 12. 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2.ª ed. Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. AAFDL Editora. 2017.

- PALAZZO, Francesco. "Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia." *In: Revista Penal*. n.º 4. 1999.
- PALMA, Maria Fernanda. "O legislador negativo e o intérprete da Constituição." *In: Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, Madrid, 2008.
- PALMA, Maria Fernanda. "O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade." *In: Revista Julgar*. n.º 29, 2016.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra. Almedina. 2006.
- PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Pisa: Edizioni ETS, 2009.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, Luis Rodríguez. "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España." *In: Estudios penales y criminológicos*. N.º 5, 1980.
- RODRÍGUEZ, Paloma Requejo. "Artículo 55." *In: Comentarios a la Constitución española*. Tomo I. Boletín Oficial del Estado, BOE: Tribunal Constitucional (España): Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia. 2018.
- RUS, Juan José Gonzáles. "Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico." *In Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XLVIII. Fascículo I, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência." *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 47, 2004.

SCALCON, Raquel Lima. "Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal." *In: Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal / organização Fábio Roberto D'ávila... [et al.]*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

SCALCON, Raquel Lima. "Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização: podemos manter o legislador ordinário na prisão?" *In: Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Porto Alegre. v.1. n.º 1, 2009.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación." *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.), Marcial Pons, 2016.

SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SEGADO, Francisco Fernandez. "La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales." *In Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. n.º 35, 1983.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. "Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal." *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehk; Andrew von Hirsch; Wolfgang Wohlers (eds.), Marcial Pons, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. "Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais." *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXX. Coimbra, 2004.

TAVARES, André Ramos. "Os instrumentos judiciais específicos de combate à omissão inconstitucional no Brasil e sua contextualização socioeconômica." *In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Omissão inconstitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2018.

TIEDMANN, Klaus. "Constitucion y derecho penal." *In: Revista española de Derecho Constitucional*. Año 11. Núm. 33. 1991.

TOCILDO, Susana Huerta. "Princípios básicos del Derecho Penal y art. 325 del Código Penal." *In Revista Penal*. n.º 8. 2001.

TURESSI, Flávio. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015.

VIEIRA, Renato Stanzola. "Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial." *In: Revista de Ciências Penais*. n.º 15, 2011.

YARZA, Fernando Simón. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. *BVerfGE* 7, 198-230. *Primeiro Senado. Decisão de 15 de janeiro de 1958. Disponível em: «http://www.bverfg.de/e/rs19580115_1bvr040051.html». Acesso em: 20 de outubro de 2020.*

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. *BVerfGE* 39, 1. *Primeiro Senado. Decisão de 25 de fevereiro de 1975. Disponível em: «<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>». Acesso em 20 de outubro de 2020.*

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. *BVerfGE* 88, 203. *Segundo Senado. Decisão de 28 de maio de 1993. Disponível em: «<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>». Acesso em: 20 de outubro de 2020.*

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus n.º 339.037/PR. Relator. Ministro Ribeiro Dantas. Relator para acórdão: Ministro Jorge Mussi. 5ª Turma, decisão de 15/12/2015, Diário de Justiça, 12 de fevereiro de 2016.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19. Relator: Marco Aurélio. Pleno. Brasília, decisão de 09/02/2012. Diário de Justiça da União, 28 de abril de 2014.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão n.º 26. Relator: Min. Celso de Mello. Pleno. Brasília, decisão de 13/06/2019. Diário da Justiça da União, 06 de outubro de 2020.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.112. Relator: Min. Carlos Velloso. Pleno. Brasília, decisão de 15/01/2004. Diário de Justiça da União, 03 de fevereiro de 2004.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3096. Relator: Min. Cármen Lúcia. Pleno. Brasília, decisão de 16/06/2010. Diário de Justiça da União, 02 de setembro de 2010.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.424. Relator: Marco Aurélio. Pleno. Brasília, decisão de 09/02/2012. Diário de Justiça da União, 31 de julho de 2014.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n.º 104.410. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Brasília, decisão de 06/03/2012. Diário de Justiça da União, 27 de março de 2012.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n.º 106.212. Relator: Marco Aurélio. Pleno. Brasília, decisão de 24/03/2011. Diário de Justiça da União, 13 de junho de 2011.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n.º 82.424. Relator: Min. Moreira Alves, Redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa. Pleno. Brasília, decisão de 17/09/2003. Diário da Justiça da União, 19 de março de 2004.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n.º 82.959 SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Pleno. Brasília, decisão de 03/02/2006, Diária da Justiça, 01 de setembro de 2006*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inquérito n.º 3.590. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Brasília, decisão de 12/08/2014. Diário da Justiça da União, 11 de setembro de 2014.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º 107. Relator: Min. Moreira Alves. Pleno. Brasília, decisão de 21/11/1990. Diário da Justiça da União, 02 de agosto de 1991.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º 232. Relator: Min. Moreira Alves. Pleno, Brasília, decisão de 02/08/1991. Diário da Justiça da União, 27 de março de 1992.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º 283. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Pleno, Brasília, decisão de 20/03/1991. Diário da Justiça da União, 14 de novembro de 1991.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º 4.733. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, decisão de 23/10/2013. Diário da Justiça da União, 25 de outubro de 2013.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º 543. Relator: Min. Octavio Gallotti. Pleno, Brasília, decisão de 26/10/2000. Diário da Justiça da União, 24 de maio de 2002.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Min. Maurício Corrêa. Pleno, Brasília, decisão de 25/10/2007. Diário da Justiça da União, 30 de outubro de 2008.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º 708. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pleno, Brasília, decisão de 25/10/2007. Diário da Justiça da União, 30 de outubro de 2008.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção n.º. 712. Relator: Min. Eros Grau. Pleno, Brasília, decisão de 25/10/2007. Diário da Justiça da União, 30 de outubro de 2008.*

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n.º 418376 MS. Relator: Min. Marco Aurélio. Pleno. Brasília, decisão de 09/02/2006. Diário de Justiça da União, 23 de março de 2007.*

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. *Habeas Corpus n.º 0620467 50.2016.8.06.0000 CE 0620467-50.2016.8.06.0000. Relator. Maria Edna Martins. 1ª Câmara Criminal. Decisão e publicação de 01 de março de 2016.*

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Recurso em Sentido Estrito n.º 70068231141. Relator: Mauro Evely Vieira de Borba. 4ª Câmara Criminal. Decisão de 17/03/2016.*

POTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão n.º 224/2010. Plenário. Diário da República n.º 177/2010, Série II de 2010-09-10.*

POTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão n.º 59/95. Plenário Diário da República n.º 59/1995, Série I-A de 1995-03-10.*

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. *Lei Afonso Arinos - Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr.* Disponível em: «<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128801/lei-afonso-arinos-lei-1390-51>». Acesso em 11 de abril de 2020.

BRASIL. *Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/12889.htm». Acesso em 17 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm». Acesso em: 12 de março de 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm». Acesso em: 3 de agosto de 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm.» Acesso em: 13 de agosto de 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM». Acesso em 12 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm». Acesso em 5 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.*

Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm). Acesso em 2 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.* Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm). Acesso em 11 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.* Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em 11 de agosto de 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências.* Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm). Acesso em 13 de agosto de 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm). Acesso em 13 de maio de 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.* Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 13 de junho de 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.* Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 11 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.* Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em 18 de julho de 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm». Acesso em: 12 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5». Acesso em 12 de abril de 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm». Acesso em 14 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm». Acesso em 4 de outubro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.* Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111464.htm». Acesso em 14 de abril de 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm». Acesso em 14 de março de 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm». Acesso em: 14 de setembro de 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências*. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm». Acesso em 4 de agosto de 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019: Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm». Acesso em 13 de agosto de 2020.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Disponível em: «<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>». Acesso em: 19 de outubro de 2020.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55, 2, de la Constitución*. Disponível em: «<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-25996>». Acesso em 24 de setembro de 2020.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando*. Disponível em: «<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26836>». Acesso em: 27 de setembro de 2020.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando*. Disponível em:

«<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-11264>». Acesso em: 13 de outubro de 2020.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*. Disponível em: «<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-17890>». Acesso em 3 de agosto de 2020.

PORTUGAL. *Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, primeira revisão da Constituição*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=8&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 14 de junho de 2020.

PORTUGAL. *Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho. Segunda revisão da Constituição*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=9&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 14 de junho de 2020.

PORTUGAL. *Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro. Quarta revisão da Constituição*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=11&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 14 de junho de 2020.

PORTUGAL. *Lei n.º 34/87, de 16 de julho de 1987: Crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos (versão actualizada)*. Disponível em: «http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=281&tabela=leis». Acesso em: 14 de junho de 2020.

REFEFÊNCIAS ELETRÔNICAS

Anteproyecto da Constituição Espanhola de 1978. Disponível em: «http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF». Acesso em: 13 de maio de 2020.

Peças exordias do Mandado de Injunção n.º 4.733 e da ADO 26; Manifestação de Mérito em sede de Mandado de Injunção n.º 4.733. Disponível em: «<https://independent.academia.edu/PauloIotti>». Acesso em 24 de maio de 2020.

Projeto de Constituição do Partido do Centro Democrático Social (CDS), de 07 de julho de 1975. Disponível em: «https://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/mapa.html». Acesso em: 18 de outubro de 2020.

Projeto de Lei nº 5.900/203 - de origem no Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 204/2011, incorporado ao art. 54, do PLS n.º 236/202. Disponível em: «<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100037>». Acesso em 14 de junho de 2020.

Projeto de Constituição do Partido Popular Democrático, de 07 de julho de 1975. Disponível em: «https://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/mapa.html». Acesso em: 18 de outubro de 2020.

Projetos de Lei 104/XIV, do PS; 4/XIV, do Bloco de Esquerda; 67/XIV, do PAN; 168/XIV, do PEV; e 195/XIV, da Iniciativa Liberal. Disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

Textos referentes a cada etapa do processo constituinte da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: «https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente». Acesso em: 23 de agosto de 2020.