



A TUTELA LEGAL E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO E DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

ARTIGO ORIGINAL

SANTOS, Thales Messias dos¹, JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz²

SANTOS, Thales Messias dos, JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A tutela legal e a previsão constitucional de criminalização: uma análise da teoria do bem jurídico e dos mandados de criminalização.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano. 08, Ed. 04, Vol. 02, pp. 88-109. Abril de 2023. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/mandados-de-criminalizacao>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/mandados-de-criminalizacao

RESUMO

É sabido que a Constituição Federal é analítica, detalhando normas, abordando temas abrangentes e tratando pormenores de assuntos. Na tutela dos valores constitucionais e proteção dos bens jurídicos, o texto constitucional cuidou de eleger algumas condutas para necessariamente serem tuteladas pelo Direito Penal, seja de forma explícita ou implícita.

Palavras-chave: Bem jurídico, Tutela penal, Criminalização, Constitucional.

1. INTRODUÇÃO

Dentro da busca da constitucionalização do direito e do processo, um desafio é revisitar temas comuns de direito material, no caso deste artigo, a dogmática penal, sob a perspectiva constitucional.



Ao abordar o assunto proposto, perpassa-se por conceitos pertencentes à dogmática penal e ao direito constitucional, explanando, ainda que de forma breve, a evolução do conceito material de bem jurídico, até chegar em um conceito que pode ser considerado inteiramente compatível com a constituição.

É impossível falar de previsão constitucional de criminalização sem antes explicar, ainda que brevemente, a proteção de bens jurídicos, missão principal do direito penal, e, com isso, abordar os principais pensadores sobre o tema. Desse modo, este artigo inicia-se com o conceito na fase pré-iluminista, ainda muito ligado ao sentimento religioso, passando por suas primeiras delimitações no iluminismo, com Feuerbach.

Avança para a análise de autores da chamada escola causalista, diferenciando a concepção formal, defendida por Binding e o retorno ao conceito material, ainda que extremamente abrangente, com Liszt. A escola neokantista será marcada de controvérsias, geradas, principalmente, pela volatilidade da concepção de bem jurídico, retomando um conceito delimitador no finalismo.

Ao encerrar a abordagem sobre a teoria do bem jurídico, apresenta a concepção trazida por Roxin, buscando necessária fundamentação nos valores constitucionais.

A partir daí, adentra na teoria dos mandados de criminalização, como forma de implementar efetividade à tutela dos valores previstos na Constituição Federal, evitando proteções deficientes.

Na execução do artigo, adotou-se a metodologia da revisão bibliográfica, realizando uma leitura comparada de artigos acadêmicos e livros jurídicos redigidos por autoridades sobre o tema. Ainda que em menor escala, principalmente no que tange os mandados de criminalização, utilizou-se da literatura estrangeira e decisões proferidas em cortes fora do Brasil.



O intuito, longe de esgotar a matéria, é tocar os pontos fulcrais da proteção dos bens jurídicos constitucionais, o que, no fim das contas, coaduna com a constitucionalização do direito e dá sustentação à existência dos mandados de criminalização.

2. CONCEITO DE BEM JURÍDICO E SUA EVOLUÇÃO NO TEMPO

Antes de abordar o tema central em exposição, parece indispensável passar pelo conceito de bem jurídico, afinal, como adentrar no debate acerca da previsão constitucional de criminalização sem saber qual seria seu objetivo e objeto? Sem adentrar nas teorias criminológicas, que certamente encontram motivos sociais, muitas vezes, mais adequados, para responder ao questionamento posto, de um ponto de vista dogmático, é necessário perquirir o conceito formal e material de bem jurídico e, de forma sucinta, as definições dadas pelos principais autores do direito penal.

O bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito (BRUNO, 2003). A função da tutela do direito penal é a proteção de bens jurídicos, que fundamentam e legitimam a norma que os protege. Ou seja, em regra, se existe uma norma penal, sua função deve ser proteger um bem jurídico importante para a sociedade.

A tentativa de delimitar o objeto de incidência da norma penal possui raízes no movimento iluminista, justamente em um movimento justificante do motivo de incriminar determinadas condutas. Na fase pré-iluminista, o objeto tutelado pelo direito penal estava ligado ao interesse religioso, e o delito era um pecado, uma desobediência divina (PRADO, 2014). Inexistia a necessidade de buscar qualquer justificação para a criminalização das condutas, sendo o sentimento religioso suficiente para proibi-las e apená-las. A delimitação do objeto do direito penal estava muito bem guarnecida pela doutrina religiosa.



O iluminismo introduziu drástica transformação no pensamento da época, confrontando os poderes despóticos do Estado, lutando pela laicidade do direito penal e colocando o homem em posição principal (MARTINELLI, 2021). Feuerbach, na busca pela limitação do objeto do direito penal e da intervenção estatal, iniciou a defesa da ideia de que o Estado deveria garantir a liberdade dos indivíduos e o respeito em relação a liberdade dos outros, sendo assim, apenas a violação de direitos subjetivos justificaria a ação estatal (ANDRADE, 2004).

Na concepção posta, o conceito de bem jurídico estava estritamente ligado à lesão de um direito subjetivo, protegido pelo contrato social, possuindo uma concepção privada e individual. Não se via, portanto, uma ligação a bens jurídicos transindividuais ou coletivos, porém, tinha início um movimento de delimitação do agir sancionador do Estado no tocante ao conteúdo material da norma penal.

Desde então, diferentes correntes se formaram sobre a evolução do conceito de bem jurídico. Durante a escola causalista, Binding, apoiado na escola positivista, desenvolveu seu conceito de bem jurídico alocando a relevância jurídica apenas em seu conceito formal, tarefa essa desempenhada pelo legislador, mesmo que derivasse de uma escolha não justificada. O delito, portanto, manifestava uma ofensa ao direito subjetivo do Estado, em razão da transgressão à norma que, invariavelmente, guardava um bem jurídico (BECHARA, 2009).

Assim, o bem jurídico ficava a critério da definição do legislador, causando evidentes transtornos, como um exacerbado aumento de poder estatal, inflação legislativa e ausência de legitimação material para as normas incriminadoras, fazendo ganhar força a concepção material. Liszt (1899) defendia que a existência do bem jurídico precedia a existência da norma, falando em bem jurídico como interesse vital.

Segundo o autor:

é a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A



liberdade individual, inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bem jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero (LISZT, 1899, p. 94).

Embora muito criticado por sua definição ser abstrata demais, a busca de uma concepção material de bem jurídico foi importante no movimento de limitação do poder penal, contendo o excesso legislativo no âmbito penal. Trata-se de um retorno à busca de justificação para a atuação estatal, rejeitando a mera subserviência à norma penal sem um sentido material de existência.

A escola neokantista operou uma substituição da noção material de bem jurídico por uma concepção de valor, não individual, mas hipotético cultural. O modelo adotado pela escola é criticado por ter permitido um direito penal altamente subjetivo, com conseqüente desprezo pelo conceito objetivo de bem jurídico, o que foi utilizado pelo regime nacional-socialista alemão. Não é difícil encontrar, na famigerada Escola de Kiel, referências ao “sentimento do povo alemão”.

Nas palavras de Zaffaroni (2019, p. 153):

[...] enfrentava a pretensão de conceber o delito como como violação do dever e do prescindir do bem jurídico, embora – é claro – reinterpretao o bem jurídico com sua correspondente adaptação aos valores nazistas.

Em detalhada obra, Badaró (2017, p. 54) cita exemplos práticos das formulações dogmáticas deste triste período:

As conseqüências nefastas do abandono da teoria do bem jurídico pelo regime penal nazista são bem conhecidas: a punição do crime impossível e dos atos preparatórios, como, por exemplo, o planejamento do homicídio de qualquer líder do regime nacional-socialista; a criminalização de condutas, até então juridicamente irrelevantes, como a prática de relações sexuais entre arianos e não arianos; o estabelecimento de um direito penal do autor, no qual o delito



é expressão de um sentimento jurídico depravado, entre outras.

A concepção de Welzel, famoso autor do finalismo, definiu o bem jurídico como um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que, por seu significado social, é protegido juridicamente. Ele entende que a soma dos bens jurídicos constitui a ordem social, portanto, seu significado deve ser interpretado em conjunto com a sociedade, e não visto de modo isolado, imprimindo caráter dinâmico (PRADO, 2018). Assim, o conceito de bem jurídico possui, para o autor, um sentido de “mínimo ético”, podendo, a partir daí, se extrair um critério de relevância social para criminalização ou até mesmo descriminalização da conduta.

É possível notar a evolução do conceito de bem jurídico através dos principais nomes das ciências penais e sua correlação com o sistema vigente à época dessas concepções.

A variação de seu conceito material foi moldada e influenciada pela política criminal e correntes filosóficas vigentes, partindo de uma concepção privada e individual, como lesão ao pacto social, passando por uma concepção meramente formal e vazia de conteúdo material, em que o legislador determinaria o conteúdo do bem jurídico, até uma virada dessa concepção, retomando o status de bem jurídico como direito antecedente à norma penal.

Verificou-se, também, as consequências da cooptação do direito penal por sistemas autoritários, que se aproveitaram da volatilidade da conceituação do bem jurídico para alargar a incidência da norma penal, buscando os nefastos fins pretendidos.

Não se pode obstaculizar a visão, criando uma falsa assepsia do direito penal, e impedir a correlação direta existente entre a eleição dos bens jurídicos protegidos e a ideologia vigente no modelo estatal. Os bens jurídicos sofrerão direta influência das disputas ocorridas no momento histórico e do embate ideológico em voga,



refletindo as tensões existentes entre os grupos sociais e os protagonistas responsáveis por sua positivação (CANTON FILHO, 2012).

Em que pese a doutrina nacional supra a necessidade da conceituação de bem jurídico, como é possível verificar na citação de Bruno, ou nos conceitos propostos por Toledo[3] ou Fragoso[4], para os fins do presente trabalho, a busca do conceito material do bem jurídico tutelado pela norma penal precisa avançar com a fonte de legitimação prevista por Roxin.

3. A CONCEPÇÃO DE BEM JURÍDICO PARA CLAUS ROXIN

O pensamento do jurista alemão representou uma mudança de paradigmas, baseando sua doutrina em um diálogo entre a dogmática e a política criminal. Toda sua doutrina foi desenvolvida com conceitos dogmáticos fundamentados pelos princípios da política criminal, questionando soluções sistematicamente uniformes, porém, inadequadas, do ponto político-criminal, em relação ao caso concreto (ROXIN, 2000).

O jurista alemão, ao buscar uma definição material de bem jurídico, o define como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e fundamentais de cada indivíduo na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nesses objetivos” (ROXIN, 1997, p. 56).

Em outra abordagem, complementa a definição de bem jurídico como pressupostos para a vida em comum e que refletem situações valiosas, dando como exemplo a vida, a integridade física, liberdade de atuação e propriedade, amplamente conhecidas e que merecem a tutela penal do Estado (ROXIN, 1986).

A definição dada por Roxin, ao mesmo tempo que é propositalmente abrangente, busca uma delimitação do conceito de bem jurídico e, sem cair na vagueza



encontrada na definição de Liszt (bens de interesse vital), uma fonte externa de legitimação.

Para o autor, a Constituição é legítima, e traz um rol de bens jurídicos merecedores de proteção, sendo da lei maior os limites para a atividade incriminadora, vedando argumentações morais ou meramente éticas para a criação de um delito pelo legislador.

Assim, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 128) “a Constituição constitui a primeira manifestação legal de política penal, em cujo âmbito deve enquadrar-se à legislação penal propriamente dita, em face do princípio que dita a supremacia constitucional”.

Complementa Streck (2009, p. 41) que:

[...] a teoria do bem jurídico [...] passa, neste novo contexto histórico, a depender diretamente da materialidade da Constituição, pois os bens jurídicos são representados pelos preceitos e princípios que estão vinculados ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Portanto, alinhado aos estudos de constitucionalização do processo e do direito, a concepção material de bem jurídico trazida por Roxin, além de possuir uma definição alinhada à proteção de direitos humanos e fundamentais, encontra sua fonte de legitimação na Constituição, possuindo um critério limitador expresso, no qual se pode consultar uma relação de bens jurídicos protegidos.

O conceito mencionado perpassa por uma necessária constitucionalização do direito penal e submissão da criação de tipos penais pelo legislador ao crivo da lei maior. A leitura dos fenômenos de criminalização a partir da ótica do bem jurídico protegido constitucionalmente contrapõe o movimento denominado por Ferrajoli de *paleopositivismo*, entendido como um positivismo dogmático, preocupado apenas com a vigência formal da legislação, desprezando a validade constitucional das leis



e se contentando com o simples preenchimento formal dos requisitos legislativos (CARVALHO, 2022).

4. A CONSTITUIÇÃO E MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Com a evolução do conceito de bem jurídico e a exigência de uma tutela penal alinhada aos princípios democráticos, a Constituição se tornou importante fonte formal tanto para limitar a atuação estatal quanto para garantir a proteção de bens de interesse da sociedade.

Uma ordem penal legítima deve, necessariamente, estar de acordo com a ordem constitucional vigente. Nesse ponto, as mudanças causadas por uma constituição, elegendo bens jurídicos valiosos para uma nação ou modificando as estruturas e competências dos órgãos de persecução penal, são de tal impacto que uma nova constituição exige um novo código penal (ASÚA, 1950).

Dentro da busca da adaptação material do direito penal à constituição, além de estabelecer limites ao poder de punir, a lei maior possui a função de assegurar direitos e valores de extrema importância, fazendo o uso do direito penal como instrumento de proteção.

Tem-se, portanto, uma influência direta da constituição no modelo penal, seja de forma negativa, limitando a criminalização de condutas pelo legislador ordinário e vinculando sua atividade aos valores e direitos estabelecidos na Carta Magna, como de forma positiva, ordenando que o legislador criminalize determinadas condutas, que, na Constituição Federal Brasileira, são as práticas do racismo e da tortura (FLACH, 2015).

Em sua forma positiva, as ordens de criminalização constitucionais possuem função essencial para coibir determinadas condutas e fornecer um nível de proteção suficiente para determinados direitos e valores, fundamentais para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. O conteúdo desta ordem constitucional



de criminalização não define as características do tipo penal a ser criado pelo legislador, nem as penas ou formas de sanção, mas estabelece uma obrigação de criminalizar determinada conduta (positiva) ou a proibição de sua descriminalização (negativa) (FLACH, 2015).

Utilizando a fórmula expressa por Claus-Wilhelm Canaris (apud MENDES; BRANCO, 2017), os direitos fundamentais contemplam uma proibição de intervenção como proibição de excesso (*Übermassverbote*) e como uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*).

Percebe-se a constante integração entre a ordem constitucional vigente e as normas de direito penal a serem produzidas pelo legislador. Além de sua função limitadora, servindo como bússola para os bens jurídicos que podem ou não estarem sob a tutela penal, possui importante função positiva, ordenando a criação de tipos penais para a proteção de determinados bens e impedindo a descriminalização de determinadas condutas.

5. MANDADOS EXPRESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Os mandados expressos de criminalização, também chamados de mandados explícitos de criminalização, são conteúdos diretos extraídos do texto constitucional, em que há clara ordenança para que determinados comportamentos e direitos sejam impedidos e tutelados pelo direito penal.

Há evidente delegação ao legislador para que cumpra tarefa expressa na Constituição, protegendo e efetivando determinados direitos, não só, mas, inclusive, por meio do uso da norma penal. Tais ordens de criminalização não possuem efeito imediato e independente, ficando a possibilidade de punição ao encargo do trabalho legislativo em tipificar a conduta (GONÇALVES, 2007).

A Constituição brasileira, ao passo de outras constituições, previu em seu texto a criminalização de condutas, protegendo bens jurídicos individuais ou coletivos. Logo



entre os primeiros comandos, neste sentido, observa-se a punição das condutas discriminatórias, prevista nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal[5].

No caso, além de prever expressamente a criminalização da prática de racismo, estabeleceu, ainda, os parâmetros de sua punição, ao impor pena de reclusão, constituindo crime inafiançável e imprescritível.

Por vezes, experiências do passado explicam a preocupação do constituinte com a criminalização de determinadas condutas, tentando, ao máximo, impedir que o legislador seja omissivo diante de atitudes comprovadamente nefastas. É o caso da Alemanha, que, após a Segunda Guerra Mundial, trouxe a seguinte disposição no art. 26.1 de sua Lei Fundamental da República Federal:

Os atos suscetíveis de perturbar a coexistência pacífica entre os povos e praticados com essa intenção, em especial os que tenham por objetivo preparar uma guerra de agressão, são anticonstitucionais. Estes atos estão sujeitos às penas da lei. (ALEMANHA, 2022).

A Constituição Federal, como resquício da ditadura militar enfrentada, replicou, em seu art. 5º, XLIV proteção similar, e diz que: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (BRASIL, 1988).

Referido comando foi adimplido pelo legislador ao criar a Lei n. 7.716/89, definindo “os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor” (BRASIL, 1989), em clara atenção à imposição constitucional.

No mesmo sentido, o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal ordenou ao legislador que regulamentasse o comando constitucional no sentido de que:

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os



executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.
(BRASIL, 1988).

Neste caso, além de estabelecer a inafiançabilidade de tais crimes, vedou a concessão de graça ou anistia, além de estabelecer de forma extensiva a responsabilidade penal de seus autores, sejam eles mediatos e imediatos, bem como a existência de responsabilidade por omissão.

Em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, a conduta já era criminalizada antes da vigência da atual legislação, mas passou por algumas modificações que culminaram na atual redação do art. 33 a 35 da Lei n. 11.343/2006. O crime de tortura foi implementado por meio da Lei n. 9.455/97, que conta, inclusive, com tipo omissivo, punindo aquele que se omite diante de tais condutas, além do advento da lei de crimes hediondos (Lei n. 8.072/90) (FLACH, 2015).

Antonio Carlos da Ponte, em seu livro “Crimes eleitorais”, elenca como mandados explícitos de criminalização os seguintes exemplos: artigo 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e §3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); artigo 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); artigo 225, § 3º (condutas lesivas ao meio ambiente); e artigo 227, §4º (abuso, violência e a exploração sexual da criança ou adolescente) (PONTE; KAZMIERCZAK, 2017).

Em relação ao art. 7º, inciso X, a retenção dolosa do salário dos trabalhadores carece de norma penal que tipifique a conduta mencionada. Discutiu-se a possibilidade de enquadrar a conduta no já existente crime de apropriação indébita, possibilidade que foi afastada pela jurisprudência, que, em importante voto de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, apontou a omissão legislativa:



[...] 2. A retenção dolosa de salário, conquanto tenha sido prevista no art. 7º, X da Constituição Federal como crime, **ainda ressente-se da necessária lei, criando o tipo penal respectivo.** 3. Também não há como subsumir a conduta à apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), porque o numerário ao qual o empregado tem direito, até que lhe seja entregue, em espécie ou por depósito, é de propriedade da empresa (empregador), não havendo se falar, então, em inversão da posse, necessária para a tipicidade do crime. 4. O administrador da empresa, ao assim agir, não pratica fato típico previsto no art. 168 do Código Penal. **Talvez por isso tenha o legislador constituinte feito a previsão mencionada, mas ainda sem eficácia, ante a omissão legislativa [...].** (STJ - HC 177.508/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 15/08/2013, DJe 26/08/2013) (grifos nossos).

Nota-se a existência de projetos de lei visando a criação de um tipo penal que abarque a conduta e traga efetividade ao mandado de criminalização expresso na Constituição Federal, dentre eles o Projeto de Lei n. 30009/2019[6], contudo, até o momento não houve qualquer alteração na legislação penal.

É importante registrar que os mandados expressos de criminalização não são adotados apenas pela Constituição brasileira, encontram-se orientações semelhantes na Constituição espanhola, francesa, alemã e italiana, contudo, a Constituição brasileira adotou, muito provavelmente, o maior rol de mandados de criminalização expressos (MENDES; BRANCO, 2017).

Assim, a existência de tais mandados reforça a necessária correlação entre o direito penal e a Constituição, demonstrando de forma explícita o dever de proteção previsto na norma constitucional pelos mandados de criminalização e a obrigação do legislador em cumprir com tais ordens, sob pena de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (STRECK, 2002).



6. MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Observados os comandos explícitos de criminalização na Constituição brasileira, tratados anteriormente, a matéria não se esgota no que concerne às ordens de tutela de bens jurídicos pela via do direito penal. A existência de normas implícitas que impõem ao legislador o dever de criminalizar condutas ou se abster de descriminalizá-las, sob pena de inconstitucionalidade, é controversa e causadora de grandes discussões.

A criminalização de condutas pela constituição, sendo que, com relação a algumas delas, não se pode sequer assumir a ideia de serem valores indispensáveis para serem tutelados penalmente, não expressa a desnecessidade de tutela de outros bens, dentre eles alguns cuja proteção penal seria indispensável e presumida, como a vida (FELDENS, 2005). Os mandados expressos, ao contrário do que se pode pensar, não traduzem necessariamente os bens jurídicos mais caros ao ordenamento ou merecedores de maior proteção. Pode-se pensar que o constituinte preferiu impor comandos expressos de criminalização àquelas condutas cujo legislador ordinário poderia não colocar ao alcance da tutela penal, sem relação direta com a relevância do bem jurídico.

Um exemplo claro é o direito à vida. Embora seja o bem jurídico mais importante a ser tutelado, não possui mandato expresso de criminalização, sendo presumida sua proteção como corolário lógico da vida em sociedade.

A existência dos chamados mandados implícitos de criminalização foi construída principalmente pela jurisprudência das cortes constitucionais, encontrando posterior respaldo dogmático na teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais e no princípio da proibição da proteção insuficiente.

A dupla dimensão dos direitos fundamentais proporciona dois efeitos jurídicos distintos. Numa ótica, temos os direitos de defesa do particular em frente ao Estado



e, por outra, os direitos fundamentais como imperativo de tutela, exigindo uma posição ativa do Estado para sua proteção. Desta forma, o direito de proteção se materializaria, também, pela via normativa, tendo sido reconhecida essa dupla dimensão pelo Tribunal Constitucional espanhol, ao afirmar que os direitos fundamentais não incluem apenas os direitos de defesa dos indivíduos em face do Estado, mas também seus deveres positivos, no sentido de dever de proteção (FELDENS, 2005).

Na proibição de proteção deficiente, tem-se o contraponto à proibição do excesso. Exige-se do Estado e do legislador em atividade a tomada de medidas suficientes para cumprir seu dever de tutela de forma adequada e eficaz. A partir dessa análise, o intérprete poderá verificar se a conduta estatal, caracterizada por uma omissão total ou parcial, vulnera um direito fundamental. Pode-se pensar, por exemplo, na descriminalização do homicídio (FELDENS, 2005).

A teoria dos mandados implícitos teve sua construção jurisprudencial iniciada por decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1975, que declarou inconstitucional a reforma do Código Penal Alemão no tocante à descriminalização da interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação (FELDENS, 2005). A doutrina relaciona o caso como o nascimento da teoria.

Naquela oportunidade, a Corte Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade da reforma por vulnerar a proteção ao bem jurídica “vida”. Embora inexista comando direto na constituição alemã para a criminalização do aborto, ao consagrar o valor do direito à vida, incluindo a vida intrauterina, entendeu que a hipótese criaria uma proteção insuficiente, estando não somente os direitos convertidos em bens jurídicos, mas também os valores constitucionais.

Após essa primeira decisão reconhecendo a impossibilidade de proteção insuficiente, outras decorreram no mesmo sentido, curiosamente, sobre o mesmo tema. O Tribunal Constitucional Alemão enfrentou novamente a matéria em 1993,



em controle abstrato de constitucionalidade sobre nova lei permitindo o aborto em até 12 semanas, caso houvesse aconselhamento específico de um órgão criado para essa finalidade. Novamente, entenderam, os Magistrados, pela inconstitucionalidade da lei, em razão de proteção insuficiente.

Concluiu da seguinte forma:

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. (REZENDE, 2020, p. 87).

Outro caso analisado e formador dos mandados de criminalização implícitos na jurisprudência é a decisão proferida pela Corte Constitucional Italiana sobre a constitucionalidade do art. 724 do Código Penal do país.

A redação original do crime de blasfêmia previa apenas a incriminação dos atos que atentassem contra a religião oficial do Estado, que, no caso, é a católica. Ao ser instado a se manifestar, o Tribunal Constitucional, baseado na impossibilidade de discriminação por crença professada, ordenou ao legislador que adequasse a redação contida no código, a fim de abranger o sentimento religioso professado por diferentes crenças.

Fica agora consignada a ressalva no mencionado dispositivo legal:

**Art. 724. (Bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti)**

Chiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinita' o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato, ((e' punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire centomila a seicentomila)). (146)

((La stessa sanzione si applica a chi))
compie qualsiasi pubblica

manifestazione oltraggiosa verso i defunti.

AGGIORNAMENTO (146)

La Corte Costituzionale, con sentenza 18 ottobre 1995, n. 440 (in G.U. 1ª s.s. 25/10/1995, n. 44), ha dichiarato "l'illegittimita' costituzionale dell'art. 724, primo comma, del codice penale, limitatamente alle parole: "o i Simboli o le Persone venerati nella

religione dello Stato"". (ITÁLIA, 1930).

Autores registram a dificuldade em encontrar o equilíbrio na identificação dos bens jurídicos, objeto dos mandados implícitos de criminalização, e da suficiência de sua proteção. Se, por um lado, os extremos são facilmente identificados, existe uma zona de penumbra para identificar o local em que os autores estão diante deste postulado. A doutrina, a partir das delineações realizadas pela Corte Constitucional Alemã, cita alguns critérios.

O bem jurídico deverá, além de possuir critério constitucional, gozar de nítida e inquestionável preponderância dentro da ordem constitucional de valores, e quando, pela repulsividade da agressão, a proteção normativa não se mostrar satisfatória quando não seja feita por meio da sanção penal. Como exemplos, cita a existência, na Constituição Brasileira, de mandados implícitos de criminalização em relação à vida, dignidade da pessoa humana e liberdade (FELDENS, 2005).



Assim, a discussão dos mandados implícitos de criminalização eleva o legislador a outro patamar da discussão, pois, além de estar vinculado às disposições constitucionais expressas de criminalização, está submetido aos limites implícitos, cuidando para não incidir numa proteção deficiente, tampouco ultrapassar o limite máximo (FELDENS, 2005).

É bem verdade que o tema pode ensejar debates delicados, principalmente pelo alto grau de subjetividade atrelado aos critérios de criminalização contidos nos mandados implícitos, devendo haver sério controle de seu uso para evitar a criminalização – ou impedimento de descriminalização – de condutas que possam ser efetivamente tuteladas por outros ramos do direito, preservando o critério de *ultima ratio* do direito penal.

7. CONCLUSÕES

É possível extrair a importância da evolução do conceito material de bem jurídico tanto para a proteção do cidadão em face dos arbítrios do Estado quanto para a necessária proteção dos valores constitucionais, aptos a preservar a vida em sociedade e a própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

A teoria do bem jurídico, além de tudo, fornece diretrizes primárias para que se possa entender quais condutas merecem a tutela do direito penal, servindo como parâmetro para o legislador atuar na criação da norma penal.

A concepção de bem jurídico trazida por Roxin parece ser a que melhor dialoga com o propósito exposto. Por buscar justificativa na Constituição e na preservação dos direitos e garantias fundamentais, possui parâmetro explícito de delimitação e fonte de derivação.

Como uma das formas de proteção dos bens jurídicos, tem-se aquelas emanadas na norma constitucional. O mandado de criminalização explícito determina diretamente as condutas que devem ser criminalizadas pelo legislador ordinário,



não se traduzindo necessariamente nos bens jurídicos mais importantes, mas naqueles que o legislador talvez tenha dificuldades para instituir normas de proteção.

Os mandados implícitos de criminalização, criados com base na jurisprudência constitucional, surgem para evitar uma proteção insuficiente, obrigando a criminalização de certas condutas, e segue a dupla face dos direitos fundamentais, constituindo-os limites de atuação para o Estado e, também, imperativos de tutela (dever de proteção).

Contudo, a valia constitucional de um objeto não determina, por si só, a obrigação de ser protegido criminalmente, na medida em que deve ser respeitado o caráter subsidiário da lei penal, ao mesmo tempo em que existe o dever de tutelar outros valores, ainda que implícitos (MATEU, 1999).

Diante do exposto, os mandados de criminalização se mostram importantes aliados na proteção de bens jurídicos, possibilitando uma verificação criteriosa dos valores a serem protegidos e ordenando a implementação dessa proteção necessária.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Parlamento Federal Alemão. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlim: Parlamento Federal Alemão, 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**: tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, v. 1, n. 1, p. 16-29, 2009.



BRASIL. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 177.508 – PB. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Publicado em: 26/08/2013. **STJ**, c2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001183666. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 3.009, de 2019**. Cria o tipo penal de retenção de salário. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2204075>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANTON FILHO, Fábio. **Bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 7ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ITÁLIA. [**Código Penal (1930)**]. REGIO DECRETO 19 ottobre 1930, n. 1398. Roma. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale>. Acesso em: 10, mar. 2023.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FLACH, Michael Schneider. Mandados de criminalização, tutela penal e constituição. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 7, p. 17-44, 2015.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

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



LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 6ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2021.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho Penal**: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PONTE, Antonio Carlos da; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Terrorismo:

Análise da Lei nº 13.260/16. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 11 n. 1, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz R. **Bem jurídico penal e constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

REZENDE, Fernando Faleiros. **Imposições constitucionais de criminalização**: o legislador penal entre a obrigação e a exortação. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2020.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general - tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **Direito penal e constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.



ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945** [livro eletrônico]. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

APÊNDICE - NOTA DE RODAPÉ

3. “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 1999).

4. “o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma” (FRAGOSO, 1985).

5. “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;” (BRASIL, 1988).

6. “Retenção de salário. Art. 203-A. Reter indevidamente, no todo ou em parte, salário, remuneração ou qualquer outra retribuição devida ao empregado: Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa.” (BRASIL, 2019).

Enviado: 15 de dezembro, 2023.

Aprovado: 01 de março, 2023.

¹ Mestrando. ORCID: 0000-0002-8197-037X. CURRÍCULO LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5980718621024795>.

² Orientador. ORCID: 0000-0003-4604-1943.