



MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Ana Paula Targine Ribeiro de Lyra

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada.

Resumo – os mandados constitucionais de criminalização são obrigações de tutela penal previstas na CRFB/88, as quais impõem uma atuação positiva ao Estado para que, por meio de leis, ele criminalize determinadas condutas lesivas a bens jurídicos constitucionalmente previstos. Diante do reconhecimento de um mandado constitucional de criminalização, é preciso que o legislador penal observe as limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente de bens jurídicos para que não haja inconstitucionalidade, seja em razão de sua inércia em elaborar leis criminalizadoras ou em razão da elaboração de leis descriminalizadoras. Nesses casos, o texto constitucional confere ao Poder Judiciário a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade da atividade normativa do Poder Legislativo para verificar a existência de inconstitucionalidade e proteger os bens jurídicos fundamentais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Penal. Mandados constitucionais de criminalização. Vedação à proteção deficiente de bens jurídicos.

Sumário – Introdução. 1. Os mandados constitucionais de criminalização e a discussão acerca da obrigatoriedade do legislador de castigar lesões a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. 2. A aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos e a eventual inconstitucionalidade por omissão e de leis descriminalizadoras. 3. Interpretação e controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos diante dos mandados constitucionais de criminalização e a possibilidade de ativismo judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a existência dos mandados constitucionais de criminalização, que são obrigações de tutela penal estabelecidas pela CRFB/88 para a proteção de determinados bens jurídicos fundamentais, e a aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente, decorrente do princípio da proporcionalidade o qual proíbe não só a proteção em excesso, como também, a proteção deficiente de bens jurídicos.

Nesse contexto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho reconhecendo a existência dos mandados de criminalização, também chamados de mandados de otimização, e analisando se a sua presença no texto constitucional tem o condão de vincular a atuação do legislador, de modo que a criminalização de lesões a bens jurídicos constitucionais se torne obrigatória, ou se a proteção penal desses bens jurídicos está inserida na sua esfera de discricionariedade.

Isso se mostra importante porque a atuação do legislador ordinário, baseada em seu juízo de conveniência, pode ser capaz de ofender o princípio da vedação à proteção deficiente



de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, seja por sua omissão diante das imposições constitucionais de criminalização, seja pela sua atuação na elaboração de leis que descriminalizam determinadas condutas lesivas.

Diante disso, no segundo capítulo, busca-se analisar se a inércia do legislador em atender às imposições constitucionais é capaz de gerar uma inconstitucionalidade por omissão, bem como, se algumas leis descriminalizadoras podem reduzir a proteção de bens jurídicos previstos na Constituição e, conseqüentemente, podem ser consideradas inconstitucionais por violação ao princípio da vedação à proteção deficiente.

Ademais, a discussão acerca da obrigatoriedade do legislador de criminalizar condutas diante dos mandados constitucionais de criminalização e da aplicação do princípio da vedação à proteção deficiente é de grande relevância, também, no que se refere ao controle de constitucionalidade de leis exercido pelo poder judiciário.

Dessa forma, no terceiro capítulo, procura-se abordar se o reconhecimento dos mandados constitucionais de criminalização pelos tribunais, de forma recorrente, com base na vedação à proteção deficiente interfere no juízo de conveniência do legislador e amplia a atuação do Poder Judiciário em detrimento da atuação do Poder Legislativo, ocasionando um ativismo judicial.

Cumprido destacar que a pesquisa tem natureza aplicada, na medida em que pretende gerar conhecimentos e aplicá-los na solução de problemas. É uma pesquisa exploratória, tendo em vista que busca uma maior compreensão do fenômeno estudado, e possui uma abordagem qualitativa, pois objetiva compreender os fenômenos por meio de suas explicações.

Além disso, a pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, na medida em que há a análise de dados gerais para se alcançar conclusões específicas. Por fim, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, pois se utiliza de materiais e fontes diversas, como legislação, doutrina, jurisprudência e trabalhos científicos, para a sua elaboração.



1. OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E A DISCUSSÃO ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DO LEGISLADOR PENAL DE CASTIGAR LESÕES A BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹ (CRFB/88) traz em seu texto a necessidade de proteção de diversos bens jurídicos fundamentais. Isso decorre da eficácia objetiva dos direitos fundamentais² que, ao contrário da eficácia subjetiva a qual impõe um dever de abstenção ao Estado em prol da liberdade dos indivíduos, impõe uma atuação positiva ao Estado a fim de proteger e garantir esses direitos fundamentais.

Em alguns casos, a própria Constituição determina a forma de proteção desses bens jurídicos ao indicar a necessidade de criminalização e penalização ou ao exigir a criminalização e a penalização de certas condutas lesivas, dando origem aos mandados constitucionais de criminalização.

De acordo com Andrade³, os mandados constitucionais de criminalização consistem em deveres ou obrigações estatais de criação, não revogação e aplicação do direito penal, provenientes do direito constitucional, os quais também são chamados pela doutrina, dentre outras expressões, de mandados de penalização, cláusulas ou deveres de criminalização, obrigações positivas de criminalização e imposições constitucionais de tutela penal.

Portanto, os mandados constitucionais de criminalização podem ser definidos como obrigações de tutela penal previstas na CRFB/88, as quais impõem uma atuação positiva ao Estado para que, por meio de leis, ele criminalize determinadas condutas lesivas e, como consequência, proteja bens jurídicos constitucionalmente previstos.

Nesse contexto, muito se discute na doutrina a respeito da atuação do legislador ordinário diante das imposições constitucionais de criminalização. Isso porque alguns doutrinadores entendem que os mandados de criminalização são capazes de vincular o legislador, de modo que a proteção penal desses bens jurídicos, considerados fundamentais, não é facultativa, mas sim, obrigatória.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²Em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Mendes destaca que “a concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*) mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.022.

³ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 9.

A esse respeito Luciano Feldens⁴ destaca que:

[...] essas normas constitucionais indicam que, ademais de legitimar a atividade do legislador penal, em determinados casos a Constituição exige sua intervenção por meio de normas que designamos mandados constitucionais de tutela penal (criminalização). A Constituição funciona, aqui, como fundamento normativo do Direito Penal, transmitindo um sinal verde ao legislador, o qual, diante da normatividade da disposição constitucional que o veicula, não poderá recusar-lhe a passagem. Trata-se, pois, de uma zona de obrigatoria intervenção do legislador penal.

Nesse mesmo sentido, Ponte⁵ afirma que os mandados constitucionais de criminalização são “matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”.

Faz-se necessário ressaltar, entretanto, que a doutrina costuma classificar os mandados constitucionais de criminalização em mandados explícitos ou expressos de criminalização e mandados implícitos ou tácitos de criminalização. Tal distinção torna a controvérsia acerca da limitação da liberdade de atuação do legislador ainda mais complexa, na medida em que a identificação desses mandados constitucionais pode dar margem a diversas interpretações.

Considerando-se o entendimento de Feldens⁶, os mandados explícitos de criminalização são aqueles em que o texto constitucional determina expressamente a necessidade de punição de determinadas condutas lesivas, como por exemplo, o artigo 5º incisos XLII, XLIII e XLIV da CRFB/88⁷, nos quais há previsão de punição das práticas de racismo, tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Em relação aos mandados explícitos de criminalização, Flávio Eduardo Turessi⁸ parte da premissa de que o seu reconhecimento pode ser feito de acordo com uma concepção ampla ou com uma concepção restrita e estabelece:

o critério mais amplo de identificação dos mandados expressos de criminalização enxerga a existência dessa obrigatoriedade de atuação do Direito Penal sempre que a norma constitucional se socorra da locução “nos termos da lei”, ou similar. (...) De outro vértice, o critério restritivo de identificação dos mandados expressos de criminalização afasta o seu reconhecimento nessas hipóteses. Exige algo a mais.

⁴FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

⁵PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

⁶FELDENS, op. cit., p. 73-81.

⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 163-164.

Essa visão restritiva reclama, pois, a verificação de outros indicativos que tornem inequívoca a opção pelo emprego do direito penal como imperativo de tutela.

Diante disso, o autor adota a concepção restritiva dos mandados expressos de criminalização com base nos princípios informadores do direito penal, sobretudo, o da intervenção mínima, o da ofensividade e o da proporcionalidade. Na visão do autor, portanto, os dispositivos constitucionais que contenham a expressão “nos termos da lei” não caracterizam, por si só, a existência de um mandato expresso de criminalização capaz de obrigar o legislador penal a tipificar as condutas ali previstas.

Do mesmo modo, Andrade⁹ adota a concepção restritiva dos mandados expressos de criminalização e afirma que apenas haverá um mandato expresso quando a opção constitucional pelo uso das sanções penais for clara e inequívoca, como no caso do artigo 227, §4º da CRFB/88¹⁰, o qual estabelece que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Por outro lado, os mandados implícitos de criminalização são aqueles que, apesar de não estarem expressamente previstos, podem ser extraídos do texto constitucional e podem determinar a criminalização de certas condutas lesivas. Conforme esclarecido por Evânio Moura¹¹, “também nos mandados implícitos de criminalização, tem-se uma limitação da liberdade normativa do parlamento, posto que o mesmo está obrigado a atender o querer da *Lex Legum*”.

Cumprido ressaltar que, sob outra perspectiva, autores como Jorge Figueiredo Dias¹² defendem a inexistência de mandados implícitos de criminalização na CRFB/88¹³. De acordo com o autor:

[...] todo o bem jurídico penalmente relevante tem de encontrar uma referência, expressa ou implícita, na ordem constitucional dos direitos e deveres fundamentais. Mas, justamente em nome do critério da necessidade e da consequente subsidiariedade da tutela jurídico-penal, a inversa não é verdadeira: no preciso sentido de que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização.

⁹ANDRADE, op. cit., p. 12-13.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. In: PONTE, Antonio Carlos da; CASTRO, Wellington Clair de. *Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 102-103.

¹²DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 59.

¹³BRASIL, op. cit., nota 1.

Para Figueiredo Dias, portanto, na falta de um mandado expresso de criminalização, o qual torna obrigatória a atuação do legislador ordinário para criminalizar determinada conduta lesiva, não há razão para reconhecer a obrigação de aplicação da tutela penal.

Entretanto, depreende-se da CRFB/88¹⁴ diversos bens jurídicos fundamentais, como o direito à vida, que indicam a necessidade de tutela penal para que sejam efetivamente garantidos, ainda que não haja um mandado de criminalização previsto de forma expressa no texto constitucional. Isso se verifica, pois não seria razoável que houvesse proteção penal apenas para os bens jurídicos dos quais decorrem os mandados expressos de criminalização e que não houvesse proteção penal para outros bens jurídicos constitucionalmente consagrados, como o direito à vida. Conforme destacado por Turessi¹⁵:

[...] de forma inegável, a Constituição Federal de 1988 estabelece uma ordem de valores fundamentais que, em determinados casos, ainda que não de forma expressa, reclama, como imperativo de tutela, o recurso do Direito Penal. (...) Dessa forma, valores constitucionalmente consagrados, como, por exemplo, o direito à vida e à integridade física, ainda que inexistente mandado expresso de criminalização, não podem prescindir do Direito Penal, como instrumento de efetiva proteção.

Nesse mesmo sentido, Lênio Streck¹⁶ reconhece a existência dos mandados implícitos de criminalização e afirma que:

[...] não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferencialmente para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Nesse ponto, aliás, entendo que é nesse espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes do texto constitucional.

Apesar de reconhecer que os mandados implícitos indicam ao legislador o dever de criminalizar, Andrade¹⁷ ressalta que sempre que a escolha da norma constitucional pela sanção penal não for expressa, haverá necessidade de demonstração de um dever constitucional de proteção estatal que exija a tutela penal para evitar a proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

¹⁴Ibid.

¹⁵TURESSI, op. cit., p. 173-174.

¹⁶STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (“*ubermassverbot*”) à proibição de proteção deficiente (“*untermassverbot*”) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, ano 32, nº 97, p. 171-202, mar. 2005.

¹⁷ANDRADE, op. cit., p. 13.

A respeito da atividade normativa do legislador diante das imposições implícitas de criminalização, Gilmar Mendes¹⁸ aponta que:

[...] como bem anota Luciano Feldens, os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais. No entanto, além dos mandados expressos de criminalização, a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal. Nesse contexto, a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de discricção legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo.

Diante de tais considerações, é possível afirmar que a forma de proteção dos bens jurídicos fundamentais que decorre dos mandados implícitos está inserida na esfera de discricionariedade do legislador, de modo que cabe a ele estabelecer se essa proteção deve ou não ensejar criminalizações. Porém, essa liberdade de atuação não é absoluta, devendo observar as limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade para que a eventual penalização de práticas lesivas seja proporcional às condutas praticadas.

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE DE BENS JURÍDICOS E A EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DE LEIS DESCRIMINALIZADORAS

Em primeira análise, faz-se necessário destacar que o princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos decorre do princípio da proporcionalidade. Isso porque o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, a qual proíbe o excesso da atividade estatal na penalização de condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais, bem como, a proteção deficiente ou insuficiente desses bens jurídicos.

Além disso, o princípio da vedação à proteção deficiente está diretamente relacionado à teoria dos mandados constitucionais de criminalização, sobretudo, dos mandados implícitos. Isso ocorre porque, ao interpretar o texto constitucional e extrair o mandado de criminalização, o legislador penal deve observar o princípio da proporcionalidade e adotar as medidas normativas adequadas a fim de que não haja uma proteção deficiente do bem jurídico ali tutelado.

¹⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 700.

A respeito da vedação à proteção deficiente e dos mandados implícitos de criminalização, Andrade¹⁹ destaca:

[...] ante a evolução histórica dos direitos fundamentais, entendidos tanto como deveres de abstenção como de tutela estatal, percebe-se que o imperativo da proporcionalidade incide tanto para impedir excessos como para obstar a proteção estatal insuficiente. Os direitos fundamentais, instituídos por normas principiológicas que trazem comandos de otimização, abrem uma ampla esfera de apreciação ao legislador em sua atividade regulamentadora e conformadora: contudo, sua discricionariedade não é ilimitada sendo contido pelo imperativo da proporcionalidade, em sua dupla perspectiva.

Segundo Luciano Feldens²⁰, o referido princípio foi constitucionalmente reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão em sua segunda decisão sobre o aborto, na qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei de reforma do Código Penal, que permitia a interrupção da gravidez nos três primeiros meses da gestação, e destacou que o cumprimento do dever prestacional, que decorre das imposições constitucionais, obriga o legislador a observar a proibição de proteção deficiente para que as medidas por ele adotadas sejam suficientes a uma proteção adequada e eficaz. Nesse contexto, o autor aponta que:

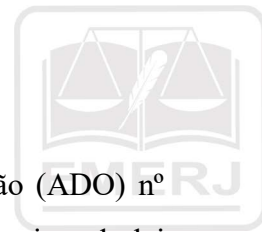
nesse tom, a sentença do Tribunal Constitucional, se bem a entendemos, oportuniza um raciocínio segundo o qual o espaço de atuação do legislador estaria estreitado a dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, sendo que se deve extrair da proibição da proteção excessiva a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima.

Em razão da incidência do princípio da vedação à proteção deficiente, acredita-se que a inércia do legislador em elaborar leis que criminalizem e penalizem condutas lesivas a determinados bens jurídicos fundamentais, diante da existência de imposições constitucionais, pode acarretar uma inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, Feldens²¹ assevera que “a proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma *omissão* total ou parcial – vulnera um direito fundamental”.

¹⁹ ANDRADE, op. cit., p. 52.

²⁰ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 108-110.

²¹ *Ibid.*, p. 110.



Em 2019, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26²², a qual tratava da omissão do Poder Legislativo em relação à votação de projeto de lei para criminalizar a homofobia, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que o conceito de “racismo” abrange a homofobia e reconheceu a inércia do legislador diante dos mandados constitucionais de criminalização presentes no artigo 5º, incisos XLI e XLII da CRFB/88²³, dos quais decorre a necessidade de criminalização de toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e do racismo, e diante da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos fundamentais. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, “deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição da proteção insuficiente.”

Da mesma forma, no Mandado de Injunção (MI) nº 4.733²⁴, o STF destacou:

[...] (ii) considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, é necessária a criminalização específica de tais ofensas porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBTI+ tem tornado inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero; (iii) existe ordem constitucional de legislar criminalmente que obriga o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que: (iii.1) a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, em relação ao qual existe comando constitucional específico de criminalização (art. 5º, XLII, CF [2]); (iii.2) a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, razão pela qual, caso não as entenda como espécies do gênero racismo, se enquadram no disposto no art. 5º, XLI, CF [3], que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais ofensas; (iii.3) todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões. [...].

A respeito da declaração de inconstitucionalidade por omissão, Gilmar Mendes²⁵ preceitua que “a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.”

Além dos casos em que há omissão legislativa, a proteção deficiente de bens jurídicos também pode ser verificada quando o legislador descriminaliza determinadas

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 25 fev. 2022.

²³BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 25 fev. 2022.

²⁵MENDES, op. cit., p. 1761.



condutas que afetem bens jurídicos fundamentais ou que, à luz da CRFB/88²⁶, são consideradas como crimes. Isso porque a descriminalização pode reduzir a proteção dada a esses bens jurídicos, de modo que ela se torne insuficiente. Nesse caso, a lei descriminalizadora pode ser considerada inconstitucional por violação à proteção deficiente.

Nas palavras de Evânio Moura²⁷:

[...] importante registrar ser perfeitamente aplicável no Direito Penal o princípio da proporcionalidade, buscando-se evitar o excesso ou a hipossuficiência. Nem se pode punir com extrema severidade condutas que não representam lesão de maior monta a bem jurídico penalmente tutelado, bem como, também não se pode ser leniente ou mesmo descriminalizar condutas que atentam contra graves bens jurídicos.

Nesse contexto, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) nº 971.959²⁸, com repercussão geral, o STF entendeu que o artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)²⁹, o qual prevê como crime a ação do condutor de se afastar do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, é constitucional. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo, a fim de que a conduta não fosse mais considerada crime em razão do princípio da não autoincriminação, traria uma proteção deficiente ao bem jurídico “administração da justiça”.

Diante da exposição dos referidos julgados, constata-se que o princípio da vedação à proteção deficiente possui grande aplicabilidade prática e muita relevância na defesa e na garantia dos direitos fundamentais. Além disso, a obediência do legislador a tal princípio demonstra o seu esforço para atender às imposições constitucionais de criminalização a fim de que os bens jurídicos sejam protegidos e garantidos da maneira mais apropriada, ou seja, de maneira suficiente. Para Lênio Streck³⁰:

[...] com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um *garantismo positivo*, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição da proteção deficiente” (Untermassverbot).”

²⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷MOURA, op.cit. p. 86-87.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 971.959. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361628>. Acesso em: 25 fev. 2022.

²⁹BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

³⁰STRECK, op. cit., p. 176-177.

Verifica-se, portanto, que o princípio da vedação à proteção deficiente pode incidir tanto quando há a necessidade de uma atuação positiva do legislador penal, diante de um mandado constitucional de criminalização expresso ou implícito, como para impedir a descriminalização de condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais. É nesse contexto, que a própria CRFB/88³¹ prevê a possibilidade de controle judicial da atividade normativa a fim de sanar eventual insuficiência na proteção desses bens jurídicos.

3. INTERPRETAÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E DE ATOS NORMATIVOS DIANTE DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE ATIVISMO JUDICIAL

Conforme assinalado anteriormente, os mandados constitucionais de criminalização decorrem da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, a qual impõe uma atuação positiva ao Estado para que ele proteja e garanta esses direitos fundamentais. Como regra, essa atuação positiva do Estado é exercida pelo Poder Legislativo que, por meio de sua função típica de legislar, fica incumbido de elaborar leis que criminalizem condutas capazes de lesar os bens jurídicos fundamentais.

Entretanto, faz-se necessário ressaltar que não há uma liberdade absoluta na atividade normativa do legislador. Isso se verifica, pois ele deve sempre observar as limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição do excesso e em sua vertente de proibição à proteção deficiente, para que a eventual penalização de práticas lesivas seja proporcional às condutas praticadas.

É nesse sentido que a CRFB/88³² prevê a possibilidade de manifestação do Poder Judiciário quando o legislador não observa as limitações que lhe são impostas, dando ensejo ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Diante do disposto pelos artigos 102, I, “a” e 103, §2º da CRFB³³, por exemplo, verifica-se que o referido controle de constitucionalidade pode ser efetuado tanto quando há a elaboração de leis contrárias aos preceitos constitucionais como quando há omissão do legislador na elaboração de leis para criminalizar condutas lesivas aos bens jurídicos fundamentais.

Contudo, a possibilidade de controle de constitucionalidade diante da existência de mandados de criminalização, acarreta uma enorme discussão no âmbito jurídico. Isso ocorre

³¹BRASIL, op. cit., nota 1.

³²Ibid.

³³Ibid.

porque esse controle exercido pelos juízes e pelos tribunais, para a efetivação das normas constitucionais, pode interferir no juízo de conveniência do legislador e ampliar a atuação do Poder Judiciário em detrimento da atuação do Poder Legislativo, ocasionando um ativismo judicial.

Para Luís Roberto Barroso³⁴, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Em relação ao ativismo judicial, Elival da Silva Ramos³⁵ aponta que:

a singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior (...) a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).

O ativismo judicial pode ser visto, com mais facilidade, na atuação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que ele é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da CRFB/88. Apesar disso, os demais tribunais e os juízes de primeiro grau também possuem um papel significativo na garantia dos valores constitucionalmente consagrados, tendo em vista que, muitas vezes, são incumbidos de efetuar o controle da atividade normativa do legislador, a qual é capaz de gerar uma inconstitucionalidade.

A respeito do ativismo judicial praticado pelo STF, Barroso³⁶ destaca:

[...] há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias, e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público, sobre criação de município e sobre a criminalização da homofobia – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua

³⁴BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 160.

³⁵RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142-143.

³⁶BARROSO, op.cit., p. 160.

função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito.

É possível verificar uma posição ativista do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.899³⁷, por exemplo, no qual o tribunal entendeu que o dispositivo da Lei nº 9.504/1997³⁸, o qual determinava a implementação do voto impresso no Brasil, era inconstitucional, conforme se expõe:

[...] 1. A exigência legal do voto impresso no processo de votação, contendo número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, vulnera o segredo do voto, garantia constitucional expressa. 2. A garantia da inviolabilidade do voto impõe a necessidade de se assegurar ser impessoal o voto para garantia da liberdade de manifestação, evitando-se coação sobre o eleitor. 3. A manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, o que não se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor. 4. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 12.034/2009.

Cumprido ressaltar, que, apesar da importância de uma participação ativista do Poder Judiciário para a efetivação de normas constitucionais, o exercício do controle de constitucionalidade deve respeitar os limites constitucionalmente previstos a fim de evitar eventual violação à separação de poderes. Segundo Alexandre de Moraes³⁹:

[...] o bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.

Nesse contexto, Ramos⁴⁰ aponta que:

se, por meio do exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder, etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.899*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315097717&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

³⁸BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

³⁹MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 874.

⁴⁰RAMOS, op. cit., p. 144.

Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional (...). Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). [...].

Diante do exposto, verifica-se que a interpretação e o controle de leis e atos normativos, diante dos mandados constitucionais de criminalização, podem caracterizar a existência de ativismo judicial. Entretanto, o Poder Judiciário, em especial o STF, possui atribuições provenientes do texto constitucional, as quais determinam que, quando provocado a processar e julgar determinada demanda, o tribunal analise a atuação do Poder Legislativo a fim de sanar eventuais inconstitucionalidades por ação ou por omissão e, assim, proteger e garantir os valores constitucionalmente consagrados.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o trabalho apresentado objetivou demonstrar a existência de divergência doutrinária acerca dos mandados constitucionais explícitos e implícitos de criminalização e as consequências decorrentes do seu reconhecimento. Verificou-se, portanto, que os mandados constitucionais de criminalização são obrigações de tutela penal que decorrem da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, a qual impõe uma atuação positiva ao Estado para que ele promova a proteção e a garantia desses direitos.

Diante disso, analisou-se se o reconhecimento de um mandato constitucional que exija a criminalização ou que indique a necessidade de criminalização de condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais vincula a atuação do legislador, para que ele seja obrigado a penalizar a referida conduta, ou se a sua atuação normativa, nesses casos, é discricionária. Nesse contexto, foi possível constatar que há diversos pontos de vista doutrinários a respeito do tema, principalmente, em decorrência da diferenciação entre os mandados explícitos de criminalização e os mandados de implícitos de criminalização.

Apesar da grande divergência na doutrina, percebeu-se que o reconhecimento de mandados de criminalização previstos de forma explícita no texto constitucional vincula a atuação do legislador e faz com que a elaboração de leis que criminalizem e penalizem condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais não seja facultativa, mas sim, obrigatória. Por outro lado, ficou claro que o reconhecimento de mandados implícitos no texto constitucional confere ao legislador uma maior liberdade em sua atuação normativa. Essa liberdade,



entretanto, não é absoluta ou ilimitada, na medida em que ele deve sempre observar as limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade.

Além disso, o trabalho destacou a incidência do princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos, o qual decorre da dupla face do princípio da proporcionalidade, na medida em que ele proíbe tanto o excesso da atividade estatal na penalização de condutas lesivas a bens jurídicos fundamentais como a proteção deficiente ou insuficiente desses bens jurídicos. O princípio da vedação à proteção deficiente, portanto, relaciona-se diretamente à teoria dos mandados constitucionais de criminalização, pois ao interpretar o texto constitucional e extrair o mandato de criminalização, o legislador deve observar o princípio da proporcionalidade e adotar as medidas normativas adequadas para que não haja uma proteção deficiente do bem jurídico ali tutelado.

A proteção deficiente pode ser verificada tanto quando há omissão do legislador, diante de uma imposição constitucional de criminalização, como quando há a ação do legislador de descriminalizar condutas lesivas a bens jurídicos cuja penalização decorre do texto constitucional. Em ambos os casos, pode haver o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão ou de inconstitucionalidade da lei descriminalizadora feito pelo Poder Judiciário, o qual exerce o controle de constitucionalidade.

Dentro dessa perspectiva, a pesquisa buscou analisar, por fim, se o controle da atividade do legislador, a fim de verificar eventuais inconstitucionalidades em razão da inobservância de mandados de criminalização, e se a limitação de sua liberdade de atuação pelo Poder Judiciário são capazes de ampliar a atividade desse Poder em detrimento da atividade do Poder Legislativo e ocasionar um ativismo judicial.

Nesse contexto, verificou-se que, nem sempre, a intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Legislativo acarreta um ativismo judicial e viola o princípio constitucional da separação de poderes. Isso porque, nos casos de inobservância dos mandados de criminalização, o controle de constitucionalidade da atuação legislativa é conferido ao Poder Judiciário pelo próprio texto constitucional.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.



BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

_____. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.899*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315097717&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 25 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 25 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 971.959*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361628>. Acesso em: 25 fev. 2022.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

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

_____. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. In: PONTE, Antonio Carlos da; CASTRO, Wellington Clair de. *Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (“*ubermassverbot*”) à proibição de proteção deficiente (“*untermassverbot*”) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, ano 32, nº 97, p. 171-202, mar. 2005.

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