

8

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO: ACERCA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

(CRIMINAL LAW AND CONSTITUTION: ABOUT THE
CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW)

Reinaldo Daniel Moreira¹

RESUMO

O presente artigo analisa a necessária relação entre o Direito Penal e a Constituição, como fundamento de validade de uma intervenção punitiva legítima em um Estado Democrático de Direito. Em um primeiro momento, será analisado o fenômeno de constitucionalização do Direito Penal. A seguir, o artigo discorre sobre as consequências da constitucionalização do sistema penal, através de princípios que delimitam a punição estatal e definem seus contornos de racionalização e de seleção de bens jurídicos a serem tutelados. Conclui-se que o Direito Penal extrai sua legitimidade a partir de sua adequação aos valores constitucionais.

Palavras-chave: Direito Penal. Constitucionalização. Princípios constitucionais penais. Proporcionalidade. Mandados de criminalização.

¹ Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela UERJ.

ABSTRACT

This article analyzes the necessary relationship between Criminal Law and the Constitution, as a basis for the validity of a legitimate punitive intervention in a Democratic State under the Rule of Law. In a first moment, the phenomenon of constitutionalisation of Criminal Law will be analyzed. The article then discusses the consequences of the constitutionalization of the penal system, through principles that delimit the state punishment and define its contours of rationalization and selection of juridical goods to be protected. It is concluded that Criminal Law draws its legitimacy from its adequacy to constitutional values.

Keywords: Criminal Law. Constitutionalization. Criminal constitutional principles. Proportionality. Criminalization warrants.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito Penal e Constituição; 3. A constitucionalização do Direito Penal; 3.1. Direito Penal como instrumento de tutela de direitos fundamentais; 3.2. Princípios constitucionais em matéria penal; 3.3. Constituição e bem jurídico-penal; 3.4. Princípio da Proporcionalidade e Direito Penal; 3.5. Mandados de tutela penal na Constituição; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a análise do fenômeno da constitucionalização do Direito Penal e suas implicações no sistema criminal. Busca-se demonstrar que a legitimidade do sistema punitivo estatal decorre de sua adequação aos ditames constitucionais.

O método de abordagem da questão será o dedutivo, por melhor se adequar aos objetivos propostos. Parte-se da intrincada e necessária relação entre a Constituição e o Direito Penal, mormente sob a égide de um Estado Democrático de Direito. São analisados a seguir aspectos atinentes à leitura do sistema penal nos moldes da Constituição, e sua importância na edificação de um sistema penal comprometido com os valores constitucionais, legitimadores da atuação do aparato punitivo estatal.

No que tange ao tipo de investigação, pela própria índole da pesquisa que se pretende levar a efeito, o enfoque assumirá um cunho

eminentemente teórico, trabalhando-se aspectos conceituais e doutrinários pertinentes ao Direito Penal.

Quanto às técnicas de pesquisa, optou-se pela documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, recorrendo-se principalmente à pesquisa doutrinária, em livros e periódicos especializados, voltados ao estudo do Direito Penal e do Direito Constitucional.

2. DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

O século XVIII representou um marco, uma mudança de referencial para todos os setores do pensamento e da produção cultural humana. Em resposta aos exacerbos representados pelo Estado absolutista, os arquitetos da contemporaneidade visaram à construção de um sistema de liberdades, em atendimento ao que naquele contexto mais se aspirava por justo. O Estado passou a conhecer limites no processo de conquista e afirmação da liberdade individual, em uma esfera tocante à autonomia e autodeterminação do cidadão, um âmbito excludente, totalmente imune à intervenção de terceiros – inclusive do aparato estatal. Ganha sentido a noção de constitucionalismo, como “técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar”².

O aparato estatal passa a contar, então, com limites nos ditames e referenciais impostos pela ordem jurídica, mormente através da Constituição. Sob a égide de um Estado de Direito, a Constituição é a base de legitimação e de limitação do poder constituído, de abertura e de contenção do poder estatal, ao mesmo tempo em que é fonte doadora de sentido de toda a legislação infraconstitucional³. Assim, a

² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 49. Ainda: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Colección Maestros del Derecho Penal: v. 03. Buenos Aires: B de F, 2001, p. 105.

³ FELDENS, Luciano. **A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 831-836. E também: BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos

Constituição é o fundamento de validade e constitui fator de unidade da ordem jurídica, definindo o perfil e o quadro de valores fundantes do Estado⁴.

No caso brasileiro, a experiência do constitucionalismo passou por fases de percalços, com ascensões totalitárias e períodos de viva experiência democrática⁵. Todavia, indubitavelmente a grande reafirmação dos pilares do Estado Democrático de Direito teve lugar com a promulgação da Constituição da República de 1988.

Constitui até redundância falar da significação dessa nova concepção, de um revigorado Estado Democrático de Direito instaurado com o advento da Constituição da República de 1988, no âmbito penal⁶. Este é, por evidência, o ramo jurídico que aflige de forma mais marcada e incisiva o direito à liberdade do cidadão. Não sem razão, pode-se dizer que, em uma ordem democrática, “a fonte primária do Direito Penal é a própria Constituição, da qual haure a legitimidade e fundamento para sua intervenção punitiva sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, mormente o *jus libertatis*”⁷. Notória, pois, a necessária relação entre o sistema penal e da Constituição, sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O fenômeno de constitucionalização do Direito parte da noção de que as normas infraconstitucionais devem ter por referenciais obrigatórios os princípios e regras que promanam da Constituição. O Direito infraconstitucional deve ser interpretado e aplicado em consonância com os ditames constitucionais. Nessa linha, Riccardo

Aires: Hammurabi, 1999, p. 231.

⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37.

⁵ Acerca do tratamento da temática afeta ao sistema penal nos diversos textos constitucionais brasileiros, vale conferir: CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 17 e seguintes.

⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Op. cit., p. 22.

⁷ SILVA, Ivan Luiz da. **Das bases constitucionais do direito penal**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 39, n. 156, p. 41-52, out./dez. 2002, p. 41-42.

Guastini propõe entender a constitucionalização do Direito como um processo de transformação de um ordenamento jurídico, ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais⁸. Ou, na lição de Luís Roberto Barroso: “A ideia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. E, em decorrência, “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”⁹.

Constitucionalização é, assim, a leitura do ordenamento jurídico sob o prisma constitucional. Afinal, a interpretação e a aplicação dos mais diversos ramos do Direito infraconstitucional não podem distar dos imperativos constitucionais.

Nessa trilha, o constitucionalismo conduziu ao entrelaçamento entre os valores constitucionais e o conteúdo nuclear do Direito Penal¹⁰. Torna-se notório o influxo dos valores constitucionais, consignados em princípios e regras que constituem verdadeiro fundamento de validade da intervenção punitiva estatal¹¹. Assim, a leitura do sistema penal sob o prisma de uma Constituição libertária, como a Carta de 1988, implica verdadeira mudança de paradigmas.

Notas claras dos influxos da ordem constitucional brasileira no âmbito penal são noticiadas por Luciano Feldens, ao apontar que por quase uma centena de vezes a Constituição de 1988 se vale de expressões diretamente relacionadas ao Direito Penal. E conclui no sentido de que “o discurso sobre a legitimação do Direito Penal é,

⁸ GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano.** Traducción de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 12-13.

¹⁰ BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 33-35.

antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição¹². Ou, nas palavras de José Frederico Marques, “o legislador ordinário, quando revela pela fonte formal da lei promulgada as normas penais, deve obedecer ao sentido político da Constituição vigente e obedecer às limitações que esta fixa e estabelece¹³”.

A seguir, serão analisados alguns aspectos decorrentes do fenômeno de constitucionalização do Direito Penal.

3.1. Direito Penal como instrumento de tutela de Direitos Fundamentais

A forma como um Estado trata do fato definido como crime permite delinear seu perfil de organização e grau civilizatório. O Direito Penal é tema político por excelência e está diretamente relacionado com a organização política do Estado¹⁴. Retrata a relação, na maioria das vezes tensa, entre o aparato repressor do Estado e o indivíduo¹⁵. Como afirma Cláudio Brandão, “a Justiça Criminal, por ser a concreção da essência opressiva do Estado, é um indicador extremamente sensível do sistema político social operante¹⁶”. Não sem razão, desde o século XVIII as constituições compromissadas com o ideal democrático consagram princípios de garantia, pertinentes a matérias de índole penal. Instâncias de resguardo da liberdade individual tornaram-se cada vez mais vigorosas, visando à racionalização do exercício do poder punitivo do Estado.

As ideias norteadoras de um Estado Democrático de Direito tornaram-se fatores irradiadores de legitimidade para todos os ramos do

¹² FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 836.

¹³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 01, atualizado por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997, p. 58.

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 07. E também: QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 114-116.

¹⁵ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 17.

¹⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37.

Direito, o que se torna muito nítido no âmbito penal. E, em um contexto de reafirmação das garantias da liberdade individual em quilate constitucional, imperioso que se conclua, com Alessandro Baratta, no sentido de que: “O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estado de direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados²¹⁷.”

Nessa vertente de ideias, pode-se asseverar que, nos tempos modernos, o Direito Penal passou a assumir a função principal de tutela de direitos fundamentais¹⁸. É nesse sentido a proposta de Alessandro Baratta, de um esforço de radical releitura do sistema penal sob a ótica do sistema dos direitos fundamentais e de todo o edifício normativo constitucional¹⁹. O Direito Penal deve, pois, ser operacionalizado de modo a proteger os direitos fundamentais dos envolvidos na cena penal²⁰.

Luciano Feldens assevera que Constituição e Direito Penal compartilham um entrelaçamento axiológico-normativo, cujas linhas compreensivas enfeixam-se em torno de uma correspondência de fins. O Direito Penal e a Constituição encontram-se materialmente vinculados quanto ao ideal de concretização e tutela de direitos fundamentais. Desse modo, a Constituição apresenta-se como um quadro referencial obrigatório para a atividade punitiva do Estado²¹, definindo as

¹⁷ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. de Ana Lucia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, fascículo 5, p. 6-23, jan./mar. 1994, p. 23.

¹⁸ LUISI, Luiz. **Filosofia do direito**: ensaios. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 146.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales**. Trad. de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, fascículo 29, jan./mar. 2000, p. 45.

²⁰ HASSEMER, Winfried. **Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania**. Trad. de Francisco Munhõz Conde, *Doxa* n. 8, 1990, p. 181. E ainda: QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*, cit., p. 121.

²¹ FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 837.

bases de um modelo constitucional de intervenção penal, implicando, assim, a releitura das disposições legais, a fim de adequá-las à moldura de valores consagrada na Constituição²².

Nessa ótica, o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Constituição da República como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, deve ser tomado como ponto de partida para a compreensão do modelo constitucional de intervenção punitiva estatal. Pode-se afirmar que “a dignidade da pessoa humana constitui o epicentro do sistema que confere legitimação antropológica ao poder repressivo penal”²³.

A valoração constitucional do Direito Penal implica sua leitura não somente como instrumento limitador da liberdade, mas, também, como instrumento de salvaguarda da liberdade individual contra agressões provenientes do Estado ou de particulares²⁴. Assim, o Direito Penal se transforma de restritivo a garantidor da liberdade. Algo que se aconselha à clássica formulação de Franz Von Liszt, ao apresentar o Código Penal como Magna Carta do delinquente, um instrumento de garantia, e não apenas de repressão, como bem lembra Claus Roxin²⁵. “Portanto, a lei penal não representa a definição do conteúdo da liberdade individual garantida pelos direitos fundamentais, senão um conjunto de intervenções no exercício desta liberdade, que em todo caso devem estar justificadas pela proteção de outros direitos e bens jurídicos”²⁶. É no âmbito do Direito Penal que se traçam os limites da intervenção punitiva estatal legítima, e que deve ser conforme aos direitos fundamentais.

²² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal: parte geral**. Niterói: Impeplus, 2004, p. 66.

²³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Op. cit, p. 73. E também: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 396-404.

²⁴ PALAZZO, Francesco C. Op. cit., p. 18

²⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 03.

²⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. **O princípio da proporcionalidade da legislação penal**. Trad. de Thomas da Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 812-813.

3.2. Princípios constitucionais em matéria penal

Princípio, segundo entendimento corrente em doutrina, “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”²⁷. As constituições, a partir do século XVIII, passaram a prever uma série de princípios tocantes à matéria criminal²⁸. E, expressando sua índole de instrumento de salvaguarda de direitos fundamentais, a Constituição da República de 1988 elenca, sobretudo no art. 5º, extenso rol de garantias fundamentais, muitas diretamente pertinentes à intervenção penal, limitando o exercício do *jus puniendi* e emprestando-lhe legitimidade²⁹.

Extraem-se da Constituição princípios de caráter penal explicitamente formalizados no texto constitucional, e outros, sem consagração expressa, mas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, nos moldes do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, e ainda princípios decorrentes da opção por um Estado Social e Democrático de Direito³⁰. Pode-se concluir que “todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar ao legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista”³¹.

Decorrem do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por exemplo, as proibições de penas cruéis, de desrespeito

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748. Não constitui objeto do presente trabalho discorrer acerca da distinção entre princípios e regras. Para uma análise detida do assunto: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 12.

²⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*, cit., p. 37-38. E também: LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*, cit., p. 73. E ainda: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Op. cit.*, p. 79.

³⁰ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37-46. E ainda: PALAZZO, Francesco C. *Op. cit.*, p. 22 e seguintes.

³¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. cit., p. 73.

à integridade física e moral do sujeito alvo da intervenção punitiva estatal, de pena de morte e de sanções penais de caráter perpétuo. Ainda garantidores da liberdade individual face à intervenção penal são os princípios da legalidade, da não retroatividade da norma penal incriminadora, da proporcionalidade e da individualização da pena³². Os princípios constitucionais, em matéria penal, constituem, pois, importantes fatores de limitação e racionalização da intervenção punitiva estatal.

3.3. Constituição e bem jurídico-penal

Segundo entendimento prevalente, o Direito Penal tem por missão proteger bens jurídicos imprescindíveis para a convivência humana em sociedade e que, por sua importância, são dignos da tutela penal (o bem jurídico-penal)³³. Constitui garantia fundamental do sistema criminal moderno a exigência de que o Direito Penal intervenha exclusivamente na proteção de bens jurídicos³⁴.

O bem jurídico objeto da tutela penal é “um produto da sociedade, o que limita a intervenção do Direito penal à necessária prevenção de danos sociais, não lhe permitindo salvaguardar concepções de índole ideológica ou moral, ou mesmo para realizar finalidades transcendententes”³⁵. Assim, a noção de bem jurídico-penal constitui fator de racionalização e limitação da intervenção punitiva estatal.

³² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. cit., p. 399.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general – volumen primero. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978, p. 09-10. E ainda: MIR PUIG, Santiago. *Direito penal*: fundamentos e teoria do delito. Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 95-97. Em sentido diverso, vale mencionar: JAKOBS, Günther. **O que protege o direito penal**: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. de Manuel Cancio Meliá e Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís *et. al.* *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 406.

³⁵ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35. E também: HASSEMER, Winfried.

Na definição de Claus Roxin, bens jurídicos são “[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”³⁶. Em síntese, pode-se dizer que “a noção de bem jurídico-penal corresponde à identificação de objetos concretos de tutela penal”³⁷, daqueles bens considerados relevantes, a ponto de justificar a resposta penal.

A eleição dos bens alvos da tutela penal sujeita-se às mudanças históricas e ao condicionamento pelas estruturas socioculturais³⁸. Todavia, guarda intrincada relação com os ditames constitucionais. Afinal, como adverte Luiz Regis Prado, “a relação entre a Constituição e o subsistema penal é tão estreita que o bem jurídico-penal tem naquela suas raízes materiais”³⁹. Assim, “as normas constitucionais têm [...] considerável importância para a Constituição e a valoração de bens jurídicos a serem penalmente protegidos”⁴⁰.

A tipificação de condutas delitivas e a fixação da respectiva pena se inserem no exercício da política legislativa, sendo atribuição do legislador. Todavia, a discricionariedade legislativa no exercício do *jus puniendi* e determinação do conteúdo da lei penal e bens jurídicos a serem tutelados comporta limites, devendo respeito aos direitos

Introdução aos fundamentos do direito penal. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 56.

³⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal.** Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19. Na mesma linha: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. t. 01: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

³⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**, cit., p. 287.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 437.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 01. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

⁴⁰ NEUMANN, Ulfrid. **Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal.** Trad. de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 527.

fundamentais e imperativos constitucionais⁴¹. Segundo Claus Roxin, a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios da Constituição⁴².

Janaína Conceição Paschoal identifica três perspectivas doutrinárias acerca da relação entre a eleição de bens a serem alvos de tutela penal e a Constituição. Para dado segmento doutrinário, a Constituição funciona como limite negativo ao Direito Penal, de modo que é admitida toda criminalização que não implique desrespeito ao conteúdo constitucional. Outros, por sua vez, imprimem um limite maior ao legislador infraconstitucional, tendo a Constituição como limite positivo ao Direito Penal, ou seja, apenas os bens reconhecidos pelo constituinte como caros à sociedade justificam a tutela penal. Por fim, “há aqueles que estreitam ainda mais a incidência da norma penal, na medida em que não se contentam com a dignidade constitucional do bem, condicionando a proteção penal à natureza de direito fundamental do bem a ser tutelado⁴³.

De todo modo, é na Constituição que se encontram os referenciais de eleição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal.

3.4. Princípio da proporcionalidade e Direito Penal

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido pela Teoria constitucional germânica e encontra-se implícito na Constituição da República de 1988⁴⁴, decorrendo do princípio do Estado de Direito⁴⁵. A

⁴¹ BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 807-813. E também: BRANDÃO, Cláudio. **Significado político-constitucional do direito penal**. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129.

⁴² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t. 01: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, cit., p. 55-56.

⁴³ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Barueri: Manole, 2015, p. 08-09.

⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris – ICPC, 2007, p. 26-27. E também: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 435.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 313.

proporcionalidade se volta para a relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios para sua consecução. Ou seja, confronta-se o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, para que se torne possível o controle de eventual excesso. Assim, a proporcionalidade desempenha papel fundamental no controle do exercício do poder legítimo e na tutela da liberdade⁴⁶, pelo que tem relação direta com a limitação e a racionalização da intervenção penal.

O princípio da proporcionalidade comporta três subprincípios ou princípios parciais, a saber, o subprincípio da adequação ou da idoneidade, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito⁴⁷.

Conforme pontua a doutrina, “de acordo com o subprincípio da idoneidade, toda lei penal, como intervenção na liberdade geral de ação e outros direitos fundamentais, deve ser idônea para fomentar um objetivo constitucionalmente legítimo”⁴⁸. A indagação que deve ser feita, em matéria penal, é se a pena criminal é um meio adequado para a proteção do bem jurídico a ser tutelado⁴⁹.

Sob a ótica do subprincípio da necessidade, “para que uma intervenção penal nos direitos fundamentais seja necessária, não deve existir nenhum outro meio alternativo que revista pelo menos da mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto e que seja mais benigno com o direito afetado”⁵⁰. Ou seja, deve-se aferir se a pena criminal é um meio necessário para realizar o fim de proteção do bem jurídico.

Por fim, “de acordo com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, para que uma intervenção penal na liberdade ou nos demais direitos fundamentais seja legítima, o grau de realização do objetivo da intervenção (quer dizer, de proteção do bem jurídico) deve

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 393 e 395.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 407. E também: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 396-398.

⁴⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 823.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 27.

⁵⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 824.

ser pelo menos equivalente ao grau de afetação da liberdade ou do direito fundamental⁵¹. Indaga-se, então, se a intervenção criminal é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico⁵². Assim, a intervenção penal é proporcional apenas se ocorre “em nome da proteção das condições fundamentais da vida em comum e para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra elas”⁵³.

Atuando como fator de legitimidade e de racionalidade da intervenção penal, o princípio da proporcionalidade proíbe penas excessivas e desproporcionais em face do desvalor da ação ou do desvalor do resultado do fato punível⁵⁴. “Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), saliente-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta”⁵⁵.

Fala-se, pois, em a) proporcionalidade abstrata ou legislativa, voltada para o momento de eleição, pelo legislador, das sanções mais apropriadas e a graduação da reprimenda penal; b) proporcionalidade concreta ou judicial, voltada para o momento de individualização da pena no momento de aplicação da sanção pelo juiz; e c) proporcionalidade executória, que tem por foco a individualização da pena na fase de execução penal, com parâmetro no mérito do condenado, por exemplo, progredindo ou regredindo de regime de cumprimento de pena⁵⁶.

Pode-se afirmar, em síntese, que “através do princípio da proporcionalidade os fins do Direito Penal se conectam ao fato cometido pelo delinquente, repelindo-se as cominações penais (proporcionalidade abstrata) ou a imposição de penas (proporcionalidade concreta)

⁵¹ Ibidem, p. 824.

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 27.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 407.

⁵⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 27. Na mesma linha: MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 104-106.

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, cit., p. 152.

⁵⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral, cit., p. 49.

que careçam de qualquer relação valorativa com tal fato, contemplado na globalidade de seus aspectos⁵⁷.

Ainda se insere como variável do princípio da proporcionalidade a chamada proibição da proteção deficiente. A resposta criminal, ante a conduta que merece a intervenção punitiva estatal, não pode ficar aquém do devido⁵⁸. Ou seja, se de um lado deve ser combatida a resposta penal excessiva, “ou outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos⁵⁹.

3.5. Mandados de tutela penal na Constituição

Como acima referido, por diversas vezes a Constituição da República traz disposições que tocam diretamente a matérias de índole penal. Exemplos disso são as chamadas “cláusulas expressas de penalização⁶⁰ ou mandados de criminalização.

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição comportam uma dimensão objetiva, representando valores ou fins a serem perseguidos pela comunidade, influenciando todo o direito positivo⁶¹. Assim, segundo leciona Gustavo Binenbojm, “os direitos fundamentais passam a ser também vistos como princípios concretizadores de valores em si, a serem protegidos e fomentados, pelo Direito, pelo

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 397.

⁵⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 827. Para uma análise mais detida da questão: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais**: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 10, Madrid, 2006, p. 333 e seguintes.

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral, cit., p. 47. Interessante análise da questão, pelo STF, encontra-se no HC 102087/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 28/02/2012, publ. DJe-159, divulg. 13-08-2012, public. 14-08-2012, republicação DJe-163, divulg. 20-08-2013, public. 21-08-2013, ement. vol. 02699-01, p. 01.

⁶⁰ PALAZZO, Francesco C. Op. cit., p. 103.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais**: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência, cit., p. 324 e seguintes.

Estado e por toda a sociedade”. E, em decorrência, passa-se a exigir do Estado “não apenas uma abstenção, mas também condutas positivas de proteção e promoção” dos direitos fundamentais⁶².

Nesse cenário, como expressão no campo jurídico-penal do dever de proteção estatal, surgem os mandados expressos de tutela penal. Segundo noticia Luiz Luisi, “as Constituições europeias do após guerra tem sido parcimoniosas nessas indicações criminalizadoras [...]. A nossa vigente Lei Magna nesta função de ‘propulsão’ foi por demais farta. Numerosas as cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos”⁶³.

Podem ser mencionados os seguintes dispositivos da Constituição de 1988: a) art. 5º, incisos XLII (punição do racismo como crime inafiançável); b) XLIII (penalização da tortura, do terrorismo, do tráfico ilícito de entorpecentes e dos crimes considerados hediondos); c) art. 7º, inciso X (retenção dolosa do salário do trabalhador); e d) art. 225, §3º (penalização de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente)⁶⁴.

Em tais casos, a Constituição considera a importância dos bens alvo da tutela penal e a necessidade da pena como instrumento de proteção destes bens, em vista do contexto sociopolítico e valores inspiradores da elaboração do texto constitucional⁶⁵. Nesses casos, como concretização do dever de proteção estatal, “o constituinte houve por afastar do âmbito de liberdade de configuração do legislador a decisão sobre merecerem, ou não, os bens ou interesses violados por essas condutas, a tutela jurídico-penal”⁶⁶.

⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 75.

⁶³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, cit., p. 58.

⁶⁴ FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 848.

⁶⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 73.

⁶⁶ FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 849. Em uma perspectiva diversa, vale conferir: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69 e ss.

Assim, se por vezes a Constituição limita a intervenção penal, nestes casos ela dita a própria necessidade da tutela penal, para salvaguarda de bens jurídicos tidos por relevantes.

4. CONCLUSÃO

A relação entre o Direito Penal e a Constituição é direta e permanente. O Direito Penal, em decorrência da perspectiva de constitucionalização do Direito, deve ser interpretado e aplicado em consonância com os ditames constitucionais. A Constituição é, pois, o referencial valorativo dotador de sentido e o fundamento de validade para a intervenção punitiva estatal que se pretenda legítima e conforme a um Estado Democrático de Direito. A legitimidade do Direito Penal decorre de sua adequação material aos valores e ditames constitucionais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Trad. de Ana Lucia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 2, v. 5, p. 6-23, jan./mar. 1994.

_____. **La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales**. Trad. de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 8, v. 29, p. 27-52, jan./mar. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. **O princípio da proporcionalidade da legislação penal**. Trad. de Thomas da Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 805-830.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Significado político-constitucional do direito penal. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120-129.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 102087/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 28/02/2012, publ. DJe-159, divulg. 13-08-2012, public. 14-08-2012, republicação DJe-163, divulg. 20-08-2013, public. 21-08-2013, ement. vol. 02699-01, p. 01.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

FELDENS, Luciano. **A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 831-855.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed., atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico:** el caso italiano. Traducción de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal y filosofía del derecho en la Republica Federal de Alemania.** Trad. de Francisco Munhöz Conde. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 8, p. 173-186, 1990.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JAKOBS, Günther. **O que protege o direito penal:** os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. de Manuel Cancio Meliá e Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís *et. al. Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general – volumen primero. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Munhöz Conde. Barcelona: Bosch, 1978.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Teoria constitucional do direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. **Filosofia do direito:** ensaios. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** v. 01, atualizado por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal:** fundamentos e Teoria do delito. Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.** 2. ed. Colección Maestros del Derecho Penal: v. 03. Buenos Aires: B de F, 2001.

NEUMANN, Ulfrid. **Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal.** Trad. de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como crítica da pena:** estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 519-532.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal:** um estudo comparado. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal:** parte geral. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. v. 01. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal:** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Funções do Direito Penal:** legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal:** parte geral. Niterói: Impetus, 2004.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Missão do Direito Penal.** Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Derecho penal:** parte general. t. 01: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris – ICPC, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais:** o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 10, Madrid, p. 303-354, 2006.

SILVA, Ivan Luiz da. **Das Bases Constitucionais do Direito Penal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 39, n. 156, p. 41-52, out./dez. 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Trad. de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.