**MANDADOS EXPRESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO:** fundamentos constitucionais do Direito Penal e teoria do bem jurídico. ¹

Luane Índia do Brasil

Thaís Abdalla Bastos²

Cleopas Isaías Santos³

**Sumário:** Introdução; **1.** Conceito de bem jurídico-penal tutelado; **2.** Relação entre Constituição e Direito Penal; **3.** Mandados de criminalização em face dos direitos fundamentais**; 4.** Função da proporcionalidade aplicada ao dever de proteção penal; Conclusão; Referências.

**RESUMO**

O presente trabalho tem como escopo esmiuçar o conceito dos Mandados expressos de criminalização, embasado em um estudo voltado para o Direito Penal e o Direito Constitucional, uma vez que suas relações devem ser sempre muito estreitas na organização de um Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, será enfatizada também a questão da teoria do bem jurídico, um dos fundamentos do Direito Penal e dos direitos fundamentais, importante para a orientação da proteção de valores sociais fundamentais e compatíveis com o ordenamento jurídico constitucional.

**INTRODUÇÃO:**

O Direito Penal figura como um importante sistema de controle social institucionalizado dentre os existentes, onde busca por meio de sanções a proteção dos bens jurídicos penais e tutela a viabilidade social. A análise crítica feita ao Direito Penal não se restringe somente à verificação dos limites ao *jus puniendi* estatal e ao enaltecimento das garantias individuais.

Em outra perspectiva, é também por meio da proteção de bens jurídicos que o sistema penal atinge outra finalidade, consubstanciada na reafirmação dos valores sociais de maior apreço e prestígio, porquanto o processo de seleção daqueles bens jurídicos, agora dotados da qualidade de bens jurídicos penais considera o que eu a sociedade constitui primordial para sua proteção. A constituição, ao estabelecer em seu artigo 5º, como garantias de direitos fundamentais, mandados de criminalização de condutas, realça o Direito Penal como instrumento imprescindível à proteção de direitos fundamentais e, até mesmo, critério para o seu reconhecimento.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

¹Paper apresentado à Disciplina de Teoria do Direito Penal do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

² Alunos do 3º período vespertino da UNDB.

³ Professor mestre, orientador.

**1. CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO;**

Garantidor da ordem social no nosso país, o Direito Penal tenta moldar uma sociedade, regulando condutas com prevenções penais, sanções entre outras medidas que tentam resguardar a segurança, e o bem estar da população. e é tentando proteger os bens jurídicos que o Direito Penal funciona.

Quando falamos em bem jurídico, nos vem em mente, primeiramente, a sua importância dentro do Direito Penal, haja vista que o mesmo possui a função de protegê-lo. Mas em essência, a concepção de bem jurídico é bem mais complexa. O bem jurídico vem a ser a ideia de um bem existencial indispensável ao desenvolvimento social que o Direito Penal é responsável por tutelar. Assim, nas palavras de Bianchini, Molina e Gomes, este bem existencial:

“[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (...) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.” (2009, p.232).

Entretanto, Bianchini, Molina e Gomes ressaltam que, somente o bem existencial não nos garante um bem jurídico. É necessário verificar se este mesmo bem possui o chamado substrato subjetivo, que, para o mencionado autor, vem a ser o interesse do (e para o) ser humano em relação a um determinado bem existencial. (2009, p.232).

Diante disso, podemos elencar que o bem jurídico é indispensável para uma vida em sociedade. Com isso, ficou conferido ao Direito penal regular esses bens jurídicos e dessa forma proteger estes bens. E quando o Direito Penal regula normais sancionadoras, verificamos o surgimento de um bem jurídico penal. Portanto, nas palavras de Bianchini, Molina e Gomes:

“Obem jurídico-penal*,* por seu turno, compreende os bens existenciais (pessoais) valorados positivamente pelo Direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal (bem jurídico-penal = bem existencial + valoração positiva + tutela por uma norma penal). Sendo certo que a norma penal somente tutela o bem no contexto de uma relação conflitiva.” (2009,p.233).

Contudo, o Direito penal deve regular somente os bens jurídicos mais valiosos, sendo assim seleto no momento de escolher quais bens devem ser tutelados. (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 235). Haja vista que o Direito Penal toma medidas sancionadoras para solucionar os problemas que trata.

O bem jurídico é fundamento para todo o nosso ordenamento jurídico, porém, nem sempre o Direito Penal terá a necessidade de agir. Assim, podemos falar em intervenção mínima Penal, que vem nortear do Direito Penal para agir somente nos casos mais graves de lesão ao bem jurídico. Desta forma, podemos concluir que quando tratamos de bens jurídicos, estamos tratando de interesses vitais para uma vida em sociedade e, que, quando acobertada pelo Direito Penal com previsões e sanções criminais, esta deixa de ser apenas um bem jurídico e passa a ser um bem jurídico-penal.

**2. RELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL;**

Como sabemos, a Constituição é a nossa carta magna e assim o ponto de inicio de todas as outras matérias. Ou seja, a mesma atua como fundamento normativo do nosso Direito Penal, impondo, em situações determinadas ou determináveis, a proteção jurídico-penal de bens jurídicos conectados à categoria dos bens, valores ou interesses investidos da nota da fundamentalidade.

Quando anteriormente tratamos do bem jurídico, falávamos que este era um bem de relevância para a sociedade, mas como definir o que é importante para o coletivo e não somente para o individual ou um determinado grupo da sociedade? Desta forma, é possível enxergar a constituição e o Direito Penal com os mesmos olhos. Os dois escolhem seletivamente os bens jurídicos de suma importância. (SANTOS, 2001, p.5).

Consoante a este pensamento, também tem o entendimento de Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 263), "A tarefa do legislador, portanto, não seria outra senão a de incorporar ao ordenamento jurídico-penal os valores mais importantes plasmados de modo vinculante na Constituição (Grundnorm)".

Com isso, primeiramente se teve a idéia que somente o que estava posto na Constituição era fundamento para designar o que poderia ser posto como bem jurídico a ser tutelado. E a partir disso, dois movimentos surgiram, a inflexível e a flexível. Servindo de norte para a tutela do bem jurídico. (MONTEBELLER, 2012).

E como defesa da primeira vertente, Bianchini, Molina e Gomes, comentam que um determinado setor da doutrina, de inspiração constitucionalista em sentido estrito (concepção rígida), procura deduzir diretamente da Magna Carta os objetos de proteção penal, que teriam (ademais) caráter vinculante. (2009, p. 262). E Continua:

“Ainda a defender a noção de que apenas os valores indicados pela Constituição podem ser erigidos ao statusde bens jurídicos-penais, para a corrente genérica ou flexível, "[…] a norma constitucional não constitui o fundamento obrigatório de dedução lógica dos bens jurídicos (obrigação decriminalização), senão unicamente um marco de referência" (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 264). (2009,p.233).

No entanto, esta corrente não foi bem aceita, e doutrina majoritária concorda com a concepção de flexível, onde não é só a Constituição a única à única fonte de escolha de valores. Neste entendimento existe uma possibilidade de se buscar em outro lugar essas fontes, porém, estas não devem conflitar com a nossa Carta Magna, assim, Bianchini, Molina e Gomes expõem:

“A atual e majoritária tendência doutrinária (trend) não se centra, como vimos, na exigência de que o bem jurídico em Direito penal deva ter necessariamente relevância ou plasmação constitucional expressa. A flexibilidade das últimas opiniões constitucionalistas culminou com a formulação da tese de que o bem jurídico-penal conta com legitimidade e validade se não é incompatível com a Constituição (leia-se com o quadro de valores estampados na Constituição).” (2009,p.266).

Dessa forma fica evidente que a seleção de bens jurídicos deve vir da própria sociedade, haja vista que a Constituição consegue acompanhar lado a lado a evolução daquela e que constantemente muda seus valores e seus critérios de importância, sendo assim indispensável para os critérios de escolha de um bem jurídico e da sua tutela pelo Direito Penal.

**3. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS;**

Os mandados de criminalização são, em suma, ordens dadas pela Constituição ao legislador ordinário, para que criminalize determinadas condutas. Ao assim fazer, a Constituição subtrai da proposta do legislador ordinário o exame da conveniência ou não da previsão de tipos penais, obrigando-o a editarem leis regulamentadoras sob pena de omissão inconstitucional.

Os mandados constitucionais de criminalização impõem uma relação entre a Constituição e o direito penal visando à proteção de determinados bens jurídicos, considerada como tutela de fins. (FELDENS, p. 69).

Os mandados de criminalização se justificam num regime de normalidade institucional e democrática, própria dos Estados de Direito, ou Democráticos de Direito, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre os exercentes dos poderes legislativo e executivo. Em face de a Constituição brasileira de 1988 como sendo longa e detalhada, característica decorrente de seu perfil dirigente, pautada para atuação social detalhada e conciliatória de ideologias diversas à temas penais. A Constituição brasileira trás diversos temas penais e insere ainda no próprio catálogo de direitos fundamentais normas penais incriminatórias.

No que tange ao reconhecimento dos mandados expressos de criminalização na Carta Constitucional, este pode ser feito de maneira ampla ou estrita, que nega reconhecimento da natureza de mandados de criminalização àquelas menções constitucionais no sentido de sanções previstas na lei, sem outros elementos que tornem inequívoca a opção pelo instrumental das sanções penais. A função dos mandados de criminalização é um rol de ordens expressas e é mantido como um mecanismo de proteção de direitos fundamentais. Essas ordens expressas são um instrumento da Constituição para oferecer uma proteção mais adequada e eficaz para alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares.

De acordo com Luís Carlos dos Santos Gonçalves, os mandados de criminalização pertencem à classe das regras constitucionais. O autor completa ainda que muito embora sejam frutos de um momento histórico e tenha um importante grau de abertura, a Constituição o diz, nunca chega a definir completamente todos os crimes, sendo assim os mandados de criminalização não podem ser considerados genéricos ou vagos, onde em seu papel específico, cabem onde os princípios não caberiam; sustentam valores, ainda que indiretamente; e buscam ainda, como toda norma constitucional, sua máxima efetividade.

Os efeitos das normas constitucionais trazidas pelos mandados de criminalização, embora tenham alguns deles, natureza de garantias fundamentais, não produzem eficácia plena e direta, em razão de outra garantia fundamental, que é a legalidade em sentido estrito. Sua conceituação como norma de eficácia limitada sustenta-se pela imprescindibilidade da lei ordinária para completa produção de seus efeitos, assim como conceitua o autor Luis Carlos Gonçalves. O autor completa ainda, que não é próprio de uma constituição definir o comportamento criminoso, onde se teria um “tipo constitucional de crime”, definindo-se assim o comportamento criminoso e a sanção de uma norma penal. Em suma, se a própria constituição exige a lei pra definição de determinados crimes e fixação de penas, isso significa que ela própria não é sede adequada para essa tarefa, assim completa o autor.

“Trata-se dizer que os deveres de proteção exigem a interposição da legislação ordinária, em nome do princípio da reserva de lei penal, segundo o qual:” não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Constituição Federal, artigo 5°, inciso XXXIX). Daí a magnitude e a urgência da atividade esperada do legislador ordinário. (GONÇALVES, p. 163, 2007).

Desse modo, as normas penais não se tratam de uma eficácia uniforme, uma vez que as normas constitucionais que tratam de disposições penais gravosas têm aplicação imediata ou se submetem ao princípio da irretroatividade penal. Nesse diapasão, surge ai também a obrigação em legislar sobre condutas indicadas consideradas criminosas, ou seja, são ordens diretas para edição de leis penais que definam como crime as condutas indicadas na Constituição.

Os deveres de proteção penal aos direitos fundamentais estão implicam no poder e obrigação que o Estado tem de se valer dos meios necessários e possíveis, adotando no sentido de tutelar o bem jurídico através de políticas públicas. No rol de medidas preventivas de direitos fundamentais, está à exigência da prestação de segurança pública, definida no caput do artigo 5º da Constituição no rol dos direitos fundamentais a segurança, porém, há ofensas a direitos fundamentais que não implicam em questões de segurança pública. Logo, os deveres de proteção penal de direitos fundamentais não se fundamentam somente na manutenção de um clima de harmonia social, mas na efetividade e garantia desses direitos tutelados.

É mister ressaltar a importância dos mandados de criminalização como preceitos fundamentais, como conceitua o autor Luís Gonçalves:

Tratam-se de normas constitucionais, que podem ser regras ou princípios, que representam valores que se colocam em posição hierárquica superior, no contexto das demais normas constitucionais e que prevêem direitos ou garantias relacionados à dignidade da pessoa humana. (GONÇALVES, p. 188, 2007).

Diante disso, ressalta-se tanto a possibilidade dos mandados de criminalização assumir a forma ou não de preceito fundamental. Ao propor a inclusão no rol de preceitos fundamentais, se aceita o risco de subjetividade, por não se tratar de arbitrária decisão pessoal, mas de orientação que precisa encontrar sua demonstração no contexto dos princípios e regras constitucionais. Já os mandados que não são preceitos fundamentais não pode ser considerada matéria constitucional principal, pois não se apresentam com nitidez na Constituição.

**4. FUNÇÃO DA PROPORCIONALIDADE APLICADA AO DEVER DE PROTEÇÃO PENAL;**

Diante de todas as conquistas histórias, a proteção encontra-se enraizada desde a concepção originária do Estado moderno e em meio a períodos de instabilidade, chegou à atualidade como menciona Luciano Feldens:

“A diferença essencial é que na atualidade a teoria dos deveres de proteção justifica-se a partir de garantias antes inexistentes, porquanto ancorada na positividade dos direitos fundamentais, em sua dupla função. Outrossim, considerando-se que um dever de proteção deve se realizar de forma suficiente (um dever de tomar medidas insuficientes seria totalmente inútil), sua análise reclama o recurso ao princípio da proporcionalidade, também em dupla perspectiva”. (FELDENS, p. 73, 2008).

Nesse entendimento pode-se dizer que a função dos direitos fundamentais como dever de tutela, está ligado a uma obrigação de proteção desses direitos, mediante intervenção ativa do Estado. Tais deveres estatais são considerados de essencial importância e estão classificados como uma das primeiras atribuições a ser exercida. Logo, o Estado resguarda os bens jurídicos contra ameaças de terceiros, percebendo-se a problemática do Direito Constitucional Penal justificada à função do poder estatal. Diante disso, a posição do Estado justifica a obrigação de limitar e resguardar a liberdade e a segurança dentro do convívio social em troca do imperativo de tutela, a sociedade tem restrições ao modo individual. Assim elucida Feldens sob a importância de se manter um parâmetro proporcional:

Mirados sob os imperativos da tutela, os direitos fundamentais legitimam até mesmo restrições proporcionais aos direitos individuais, limitando o conteúdo e o alcance desses direitos em favor da própria liberdade de ação dos indivíduos ou de outros bens constitucionalmente valiosos, o que pode implicar a necessidade de adoção de medidas de caráter penal. (FELDENS, p. 75, 2008).

Desde então, a origem da proporcionalidade está ligada ao seu princípio de que a lei deve estabelecer aquilo que é amplamente necessário, concebida assim, para antepor-se diante do poder público sob a égide do princípio da legalidade atinge todo o sistema normativo. Apesar de não estar expresso na constituição, no Brasil o princípio da proporcionalidade desenvolve um grande sentido na doutrina e jurisprudência. O STF, por exemplo, vislumbra a proporcionalidade como postulado constitucional que tem origem material na disposição constitucional onde se disciplina o devido processo legal, em sua perspectiva substancial.

Para que a proporcionalidade seja operada, são feitos exames de adequação e necessidade, um teste para que seja apurada a razoabilidade da medida. Assim o Plano do Direito Penal passa por três etapas. A primeira é a adequação (idoneidade), em que a medida estatal deve ser idônea para atingir sua finalidade, que é a realização do interesse público. Nesse sentido, para afirmar-se o juízo de adequação, há se verificar, sobretudo, se a tutela-jurídica penal não é constitucionalmente ilegítima.

O segundo critério é a necessidade (exigibilidade), ou seja, indica que a medida escolhida há de se consubstanciar como um meio menos gravoso, dentre os disponíveis e eficazes à obtenção do da finalidade de proteção do bem jurídico. Para as hipóteses em que a Constituição estabelece mandados de penalização, a necessidade de tutela jurídico-penal é pré afirmada constitucionalmente, revelando-se eficaz. A terceira e última é a proporcionalidade em sentido estrito, entendido também como princípio da justa medida, fazendo uma proporcionalidade entre o meio e o fim.

Dentro da ceara penal, é comum que se aconteça certos excessos por meios do modo de punir, aqui a proporcionalidade entra como uma proibição desses excessos, cujo efeito prático se dá com a invalidação da incidência de uma medida restritiva Constituição como sendo um limite material do Direito Penal, elucida-se que a ofensividade da conduta não ostenta a dignidade penal. Diante disso, podem-se exemplificar certos juízos de responsabilidade penal limitada à prática de um ato exterior ofensivo a um interesse alheio, como o juízo de adequação do negativo, o juízo de necessidade negativo e o juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Diante do reconhecimento que pesa sobre o Estado de tutelar e proteger os direitos fundamentais, a eficácia constitucional deve integrar o próprio conteúdo desse dever, nesse sentido, a partir do momento em que a Constituição determina os limites de proteção, a proporcionalidade joga-se aqui como proibição de proteção deficiente. E de acordo com a proibição deficiente, as medidas de tutela tomadas pelo legislador penal no cumprimento do dever prestacional dentro dos direitos fundamentais devem ser sempre suficientes para oportunizar a proteção adequada e necessária, diz Feldens:

Isso implica que o controle jurisdicional de constitucionalidade, à base da proibição da proteção deficiente, se viabiliza quando medidas dessa ordem promovam uma retirada racionalmente justificável da proteção (normativa) que se faz inequivocadamente necessária ao adequado e eficaz desenvolvimento e desfrute do direito fundamental. (FELDENS, p. 91, 2008).

Por fim, a teoria dos direitos fundamentais, reconduzida ao plano dos direitos humanos, encontra sua formulação dentro das obrigações positivas, oriundas da perspectiva dogmática do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle de constitucionalidade pautado sobre determinados atos legislativos. Trata-se de evidenciar, dentro da tutela dos direitos fundamentais, uma situação de equilíbrio entre a constituição e a legislação penal, afastando-se os excessos e déficits de proteção, levando o sistema penal ao estado de proteção eficiente, gerando a partir do princípio da proporcionalidade um equilíbrio do sistema penal, em que seu garantismo possa promover um equilíbrio entre os direitos de defesa e os imperativos da tutela.

**CONCLUSÕES:**

As conclusões trazidas a cerca deste trabalho, primeiramente é que a Constituição Federal está situada no ápice da hierarquia das fontes do Direito. Por conta disso, as demais leis devem extrair dela seus fundamentos para que sejam válidas e para que sejam compatíveis. Logo, o Direito Penal em suas normas devem ser elaboradas e encarregadas de proteger os bens jurídicos constitucionalmente tutelado tanto implícita como explicitamente. A tutela penal deve ser utilizada quando os demais ramos do Direito não forem capazes de abarcar bens considerados de maior relevância.

A intercessão entre o Direito Penal e o Direito Constitucional está marcado pela tutela dos direitos fundamentais, nessa relação o poder constitucional se aplica no limite do direito de punir do Estado, como fonte valorativa do Direito Penal e fundamento normativo incriminador dando legitimidade ao Estado punir, diante da legitimidade. Diante disso o legislador constituinte diante de mandados de criminalização previstos na Lei Maior impôs ao legislador ordinário a obrigação de defender os direitos fundamentais valendo-se das sanções penais. O exame da proporcionalidade de uma medida adotada para proteger direitos fundamentais, que envolve as seguintes parciais: adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito da medida submetida a controle. Ao proceder desta forma, o legislador penal ordinário estará a concretizar, de maneira adequada e efetiva, as opções constitucionais de proteção penal de bens jurídicos.

**REFERÊNCIAS:**

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais.** Coleção Ciência Criminais , v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo,apudFELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Norma Penais*.*** Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora,2005,p.69.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Norma Penais*.*** Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008,p. 73-80.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentas na constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, cap. 9, cap. 10, cap. 11, cap. 12, cap. 13 e cap. 14.

MONTIBELLER, Barbara. **Bem Jurídico e Direito Penal**. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bem-jur%C3%ADdico-e-direito-penal>. Acesso em: 20/05/2013.

OLIVEIRA, Marcio de. **O bem jurídico-penal e suas implicações constitucionais.** <http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/bem-juridicopenal-suas-implicacoes constitucionais>. Acesso em: 20/05/2013.

PALLAZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal.** Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 103- 115.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Mandados expressos de criminalização e função positiva do bem jurídico-penal: encilhando o Leviatã**. In: FRANÇA, Leandro Ayres. Tipo: inimigo. Curitiba: FAE, 2011, p. 303-315.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. **Bem Jurídico e Direito Penal**. <http://jus.com.br/revista/texto/20939/bem-juridico-e-direito-penal>. Acesso em: 20/05/2013.