

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL E OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Cleber Masson

Nos dias atuais, utiliza-se constantemente a expressão "teoria constitucional do Direito Penal". Seu conteúdo é simples: o Direito Penal somente se legitima quando protege valores consagrados na Constituição Federal. Esta teoria, na verdade, sustenta a lógica a ser seguida em todos os sistemas jurídicos que têm as normas constitucionais em seu ápice. Exemplificativamente, a tipificação do homicídio pelo art. 121 do Código Penal é válida, uma vez que o art. 5.º, *caput*, da Lei Suprema tutela o direito à vida; de outro lado, eventual incriminação de comportamentos homossexuais seria inconstitucional, pois o citado dispositivo constitucional estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

No âmbito da teoria constitucional do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade desponta como um dos mais relevantes vetores a ser observado pelo legislador. No plano histórico, sua origem normativa remonta aos itens 20 e 21 da Magna Carta do Rei João sem Terra, de 1215:

20. Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito.

21. Os condes e barões serão punidos por seus pares, conformemente à medida do seu delito.

A proporcionalidade, no campo penal, deve ser compreendida no sentido de ser a criação de tipos penais e a cominação de penas uma atividade vantajosa para os membros da sociedade, eis que impõe um

ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta.

Nos moldes atuais, foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, sob inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram as idéias de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização dos interesses coletivos superiores. Funciona como forte barreira impositiva de limites ao legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral.

Fica nítido, portanto, que o princípio da proporcionalidade possui dois desdobramentos. Em primeiro lugar, veda o excesso de pena (proibição do excesso). Mas não para por aí. Também não se admite um tratamento penal mais brando do que o desejado pelo constituinte, e, por corolário, a omissão do legislador na criação de infrações penais e cominação de penas. É o que se convencionou chamar de princípio da proibição da proteção insuficiente no Direito Penal, o qual já foi inclusive admitido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 418376/MS, julgado em 09 de fevereiro de 2006. Entra em cena, nesse ponto, o estudo dos mandados de criminalização.

A Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo de algumas constituições europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização (ou penalização). Cuida-se de hipóteses de obrigatória intervenção do legislador penal.

Com efeito, os mandados de criminalização indicam 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.

Os mandados de criminalização explícitos contidos na Constituição

Federal são encontrados nos artigos 5.º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e § 3.º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais), 7.º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores), 227, § 4.º (abuso, violência e exploração sexual da criança ou adolescente), 225 (condutas lesivas ao meio ambiente).

Há, também, mandados implícitos de criminalização, dentre os quais se pode citar o exemplo do necessário e urgente combate eficaz à corrupção, seja no campo eleitoral, seja no Poder Público como um todo.

Alguns dos mandados de criminalização já foram atendidos pelo legislador ordinário de modo satisfatório (é o caso da Lei 9.605/1998, responsável pela definição dos crimes ambientais); outros de forma insuficiente; e vários simplesmente ignorados. E, dentre os olvidados pelo legislador, destaca-se a tipificação legal do terrorismo, crime equiparado aos hediondos e ainda não definido a contento. Não se desconhece que a Lei 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional), em seu artigo 20, fala em "atos de terrorismo", porém não define terrorismo e tampouco quais seriam esses atos que o identificariam.

É preciso, portanto, mais atenção do legislador para atender fielmente os mandamentos constitucionais, protegendo de forma eficaz e proporcional os direitos fundamentais do ser humano, seja mediante a não incriminação de determinadas condutas irrelevantes, seja com a tipificação dos comportamentos constitucionalmente considerados inaceitáveis para os indivíduos e para a sociedade.