
MANDADOS DE PENALIZAÇÃO: EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL EM FACE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Penalty Warrants: Constitutional Demand in Front of the Human Being Dignity

Franciele Silva Cardoso*
Lídia Priscilla Rodrigues da Silva**

RESUMO: A Constituição Brasileira de 1988 tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, o Estado deve dirigir suas ações no sentido de promover e proteger essa dignidade por meio da concretização dos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, importante avaliar o papel assumido pelos mandados de penalização na medida em que delimitam o âmbito de competência legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Brasileira de 1988
Dignidade da pessoa humana, Mandados de penalização.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution of 1988 has the dignity of human being as one of its pleas. Therefore, the government must address its actions in order to promote and protect the dignity through the realization of the fundamental rights and guarantees. In this context, it is important to evaluate the role assumed by the penalty warrants in the extent that they put limits to the legislative power.

KEY-WORDS: Brazilian Constitution of 1988, Dignity of human being, penalty warrants.

“A dignidade está em vossas mãos: conservai-a.”
Friedrich von Schiller

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A dignidade da pessoa humana é, por si só, capaz de atrair o conteúdo de todos os direitos e as garantias fundamentais constantes na Carta Política do Brasil. Desse modo, ofensas à dignidade devem ser reprimidas sob pena de desrespeito aos valores apregoados pelo Estado Democrático de Direito instituído pelo texto constitucional.

Dessa constatação, percebe-se que o Estado deve promover a proteção integral dos direitos do homem por meio de condutas negativas e positivas que viabilizem o exercício da cidadania. Assim, neste artigo, far-se-á um estudo acerca da dignidade da pessoa humana e sua relação com a construção teórica dos mandados de penalização previstos pela Constituição Brasileira.

*Mestre em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e da Universidade Estadual de Goiás. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogada.

**Pós-graduanda do Curso de Direito Penal, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Goiás.

I CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Brasileira de 1988 é fruto de um período em que os ideais de justiça, liberdade e igualdade ganharam destaque no cenário nacional, principalmente, em virtude dos longos anos de ditadura militar, caracterizados por um profundo desrespeito a valores essenciais do ser humano. Assim, logo em seu art. 1º, o legislador constituinte positivou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Com o intuito de promover a proteção integral do homem, o Constituinte de 1988 dedicou, ainda, título específico aos direitos e garantias fundamentais que, além de extenso, não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo próprio Texto Constitucional, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹.

Destarte, já é possível extrair uma máxima: o respeito à dignidade da pessoa humana é princípio basilar² que deve nortear todo o agir estatal, pois, além de a dignidade da pessoa ser um valor reconhecido mundialmente, ainda está expressamente prevista como princípio na Constituição Brasileira, diploma que representa a ordem jurídica fundamental de um Estado, fruto do ambiente histórico-social, econômico e cultural (FERREIRA, 1995, p. 10).

Pelo exposto, e conforme defendido por Hans Kelsen³, a Constituição deve situar-se no topo da pirâmide normativa e, desse modo, os valores e princípios nela positivados expressa e implicitamente devem prevalecer como forma de assegurar a harmonia entre as leis e ações do poder público. Nesse sentido, ganha especial relevância a dignidade da pessoa humana que, segundo Immanuel Kant, representa a capacidade de o indivíduo determinar-se conforme seus próprios desígnios (KANT, 2002, p. 55).

Essa autonomia da vontade é o traço que distingue o ser humano de outros seres vivos e, portanto, justifica a valorização do homem, não como um meio, mas como um fim em si mesmo. É o que se extrai das palavras de Immanuel Kant:

¹ Constituição Federal, art. 5º, § 2º.

² Para a expressiva maioria dos doutrinadores, em especial para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana representa no ordenamento jurídico brasileiro um princípio fundamental que nessa acepção quer exprimir o sentido de “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental, que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”. Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, p. 299-300. Contudo, há quem advogue, como José Afonso da Silva, que entender a dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental é reduzir sua importância e significado, já que o constituinte, ao consagrá-la como fundamento do Estado Brasileiro, quis qualificá-la como um valor supremo, capaz de atrair o conteúdo de todos os direitos fundamentais, e, por isso, fundante de toda ordem jurídica, social e política. Cf. José Afonso da SILVA, *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, p. 92-3. De qualquer modo, percebe-se que o preceituado por José Afonso da Silva não é, salvo análise mais acurada, incompatível com o posicionamento da doutrina majoritária, fato que nos permite afirmar que a dignidade da pessoa humana, no ordenamento jurídico pátrio, foi proclamada enquanto princípio fundamental e, por isso, norteadora de todo e qualquer ato emanado do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Brasileira de 1988.

³ Para Hans Kelsen a Constituição é a norma fundamental do sistema normativo, aquela que condiciona toda a produção normativa. Neste sentido e nas palavras do próprio Hans Kelsen, “a Constituição representa o escalão de Direito Positivo mais elevado”. (KELSEN, 2000, p. 247).

O homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como um fim [...] Os seres cuja existência não se assenta em nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 2002, p. 58-59)

A dignidade, assim considerada, é uma qualidade inerente a todo ser humano e, portanto, possui um caráter irrenunciável e inalienável. Contudo, há autores como Niklas Luhmann e Peter Häberle que sustentam que, não obstante essas características, a dignidade também possuiria uma dimensão histórico-cultural, ou seja, teria sido construída de geração em geração, fruto da permanente tensão entre ciência, tecnologia e relações sociais.

O reconhecimento dessa dimensão cultural da dignidade não invalida a concepção kantiana de que a dignidade seria algo intrínseco ao homem, mas a ela se agrega como mais um aspecto na busca pela compreensão do verdadeiro conteúdo e significado da expressão dignidade da pessoa humana. Outro ponto importante é o fato de essa dimensão cultural impor uma conduta estatal dirigida no sentido de preservar a dignidade existente e promovê-la dentro de um contexto social⁴.

Com efeito, a inserção do homem em sociedade fez com que o pleno exercício da dignidade dependesse, concomitantemente, de ações próprias, de ações dos outros integrantes da comunidade e de prestações do Estado. Isso corrobora o entendimento esposado por Hannah Arendt de que a dignidade, sem desmerecer sua dimensão ontológica, só possuiria significação se analisada sob a ótica da pluralidade e intersubjetividade, o que, em outras palavras, traduz a dimensão política elucidada no trecho a seguir:

Todos os aspectos da condição humana têm alguma condição com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política. [...] A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir. (ARENDR, 2005, p. 15-16)

Em consonância com esse enfoque, tem-se que o Estado e a própria comunidade devem procurar promover a dignidade de cada indivíduo, tendo em vista seu caráter duplice: dignidade como limite e tarefa dos poderes de um Estado e das relações que envolvam indivíduo e comunidade – dimensão defensiva e prestacional da dignidade. (SARLET, 2004, p. 47)

O reconhecimento dessa função defensiva e prestacional (SARLET, 2004, p. 49) da dignidade também oferece outra possibilidade, qual seja, resolver o problema referente àquelas situações em que o indivíduo, por algum motivo, perde a capacidade de autode-terminar-se. De fato, ainda que isso aconteça, persiste o direito de este homem receber

⁴ Niklas Luhmann e Peter Häberle foram influenciados pelo pensamento de Geog Wilhelm Hegel que refutava uma concepção estritamente ontológica da dignidade, afirmando que o ser humano não nascia digno, mas tornava-se digno no instante em que assumia sua posição de cidadão. (SARLET, 2004, p. 36).

do Estado e da comunidade tratamento condizente com a sua condição humana. Nesse sentido, é o que observa Ronald Dworkin ao afirmar que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas” (SARLET, 2004, p. 49), uma vez que a dignidade humana, apesar de intrinsecamente relacionada à capacidade de autogestão da própria vida (autonomia da vontade), é, antes de tudo, qualidade atribuída à natureza humana que todo homem possui.

Nesta perspectiva, um conceito que abarca, de modo satisfatório, tudo que foi exposto neste tópico é o formulado por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a dignidade da pessoa humana seria:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2004, p. 60)

Desse conceito e de tudo o que foi exposto é possível, por fim, extrair o seguinte: a dignidade da pessoa humana delimita o conteúdo dos direitos fundamentais⁵ e, sendo assim, impõe condutas positivas e negativas ao Poder Público, à comunidade em geral e a cada indivíduo em separado no sentido de promover e proteger esse valor supremo. Especialmente, no que concerne aos poderes estatais, essa dignidade, de um lado, serve como parâmetro para a aferição da validade das normas jurídicas e, de outro, impõe ao legislador verdadeiras ordens de penalização. Outrossim, o princípio da dignidade dirige-se, ainda, à coletividade que deve respeitar os limites do outro em nome de uma saudável convivência social, uma vez que inexistem direitos fundamentais absolutos.

Nesse sentido, a dignidade de um indivíduo, na esteira do que defende Robert Alexy e Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2004, p. 135), sofreria limitações, mas apenas na exata medida para que se garantisse a dignidade do outro. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana comportaria uma certa relativização em face da dignidade de terceiros⁶.

Assim, se por um lado a dignidade do ofensor (v. g., delinqüente) precisa ser resguardada, evitando-se tratamento desumano e indigno, ainda que cruéis tenham sido seus atos, por outro, importa consignar que seu encarceramento (ou a imposição de qualquer outra sanção: penas restritivas de direito e/ou multa) decorre do imperativo de proteção da vida, da liberdade e sobretudo da dignidade dos outros integrantes do corpo social.

2 MANDADOS DE PENALIZAÇÃO

No Brasil, o poder constituinte de 1988 optou por estabelecer um dirigismo constitucional que consiste em direcionar a atividade legislativa no âmbito do Direito Penal.

⁵ A dignidade da pessoa humana, conforme preconizado por Francis Delpérée, atua com “alfa e ômega” do sistema constitucional das liberdades, delimitando o conteúdo dos direitos fundamentais. (DELPÉRÉE, 1999, p. 161).

⁶ Em sentido contrário, pugnano pelo caráter absoluto da dignidade da pessoa humana: (SARLET, 2004, p. 134); (NEVES apud MIRANDA, 1993, p.172-3.)

Dessa forma, as condutas passíveis de serem tipificadas como crime encontram amparo e limite na própria Constituição Brasileira⁷.

Esta Carta Política, quer expressa ou implicitamente, impõe a proteção jurídico-penal a bens que, se respeitados, garantem uma existência digna, sem, contudo, desprestigiá-los os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade, legalidade, anterioridade, igualdade, ofensividade e proporcionalidade aplicáveis ao Direito Penal.

Essas ordens constitucionais em matéria penal são, o que alguns autores denominam, mandados de penalização e decorrem de um modelo de Estado que adota como tarefa uma atuação proativa com relação a direitos e garantias reconhecidamente fundamentais, como é o caso do Brasil⁸.

2.1 Mandados expressos de penalização no Brasil

A Constituição Brasileira traz um vasto rol de mandados expressos de penalização, a começar pelo art. 5º, inciso XLI, que de forma categórica afirma: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Apesar de genérico, esse dispositivo já demonstra o nítido interesse do poder constituinte com relação ao livre exercício dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, existem na Constituição imperativos de criminalização mais específicos, como nos seguintes exemplos:

- a) Art. 5º, inciso XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Nesse inciso, a imposição constitucional exige do legislador a disciplina infra-constitucional da matéria com a seguinte ressalva: serem tais crimes considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia. Desse modo, uma lei que regulamente o crime de tortura jamais poderá estabelecer a possibilidade de liberdade provisória com fiança, não havendo, contudo, tal restrição para a concessão desta sem fiança, desde que ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva⁹.

No Brasil, os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e hediondos restam satisfatoriamente disciplinados pela legislação ordinária. No que consiste ao crime de terrorismo, existe uma lacuna legislativa, um descaso frente a bens jurídicos de dignidade constitucional.

Importante salientar, ainda, que o mandado de penalização não pode estar aquém nem além da exigência contida na norma suprema. Nesse sentido, o regime integralmente

⁷ “A Constituição não apenas é fonte de limitação do poder constituído, como também o é de legitimação, instituindo competências em matérias legislativas e jurisdicionais, limitando a atuação de Poderes e Órgãos envolvidos nessa relação, e inclusive impondo a criminalização de determinadas condutas, pois não há dúvidas de que através da mesma se consolidam normativamente os valores imperantes em um determinado momento na sociedade” (COSTA, 2007, p.04).

⁸ No mesmo sentido, países como Espanha, Itália, França e Alemanha.

⁹ A concessão da liberdade provisória com fiança mesmo após a prisão em flagrante restringe-se àqueles crimes levemente apenados, para os quais seria admissível supor a não imposição de pena privativa de liberdade. Para os demais crimes, deve-se admitir a liberdade provisória sem fiança, desde que ausentes os requisitos da prisão preventiva (ver arts. 310, parágrafo único; 323 e 324 do Código de Processo Penal)

fechado previsto no art. 2º, § 1º da Lei de crimes hediondos foi decretado inconstitucional em sede de *Habeas Corpus* (HC 82959-SP de 23/02/2006) por desrespeito ao princípio da individualização¹⁰ da pena o qual, em última instância, desprestigia a própria dignidade da pessoa humana em virtude da crueldade do regime. A partir dessa decisão, outra questão começou a ganhar importância: se, por um lado, a vedação à progressão de regime mostrava-se incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, afigurava-se, igualmente despropositado, admiti-la de forma idêntica para todos os tipos de crimes.

Ora, se os crimes hediondos e equiparados tipificam condutas que afetam mais gravemente certos bens jurídicos, eles devem ter um regramento distinto e mais severo. Para sanar essa incongruência sistêmica, veio a Lei 11.464/2007 que, modificando a Lei de Crimes Hediondos, passou a prever a progressão de regime observado, entre outros, o seguinte requisito: 2/5 (dois quintos) do cumprimento da pena se o agente for primário e 3/5 (três quintos), se reincidente.

b) Art. 5º, XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

A Carta Política do Brasil prevê a necessidade de criminalizar a ação de grupos armados que possam abalar os alicerces da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito. Mais uma vez, o Texto Constitucional exige, não apenas a tipificação da conduta, como também, impõe a característica da inafiançabilidade e imprescritibilidade do delito. O dispositivo em tela visa, assim, proteger de forma mais específica bens jurídicos que extrapolam, em muito, a esfera individual. Trata-se, pois, de bem transindividual.

Osni Muccellin Arruda ensina que esse inciso XLIV emite uma ordem de tipificação das condutas praticadas por organizações criminosas, no entanto, a doutrina diverge com relação a ter sido ou não essas condutas regulamentadas pela legislação brasileira¹¹. Uns, como Julio Fabbrini Mirabete, entende que a Lei 9.034/95 conceituou organizações criminosas (SAADI: 2007, 66). Outros, como José Paulo Baltazar Júnior, defendem que a Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil, definiria o que seriam essas organizações (BALTAZAR, 2005, p. 78-79). Por fim, existem aqueles, a exemplo de Ricardo Andrade Saadi que negam a existência legal da figura típica organizações criminosas (SAADI, 2008, p. 67). Este é o posicionamento majoritário, tanto que existe Projeto de Lei disciplinando a matéria que assim dispõe:

Art. 1º A Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte Título XII:

[...]

Ação de grupos armados

Art. 374. Praticar, por meio de grupos armados, civis ou militares, atos contra a ordem constitucional e o estado democrático:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos¹².

¹⁰ Em consonância com a Suprema Corte, está o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci: “Pensamos ter agido com integral acerto o Pretório Excelso, pois somos contrários à imposição de qualquer tipo de *pena-padrão* ou *regime-padrão* (pelo legislador ou pelo juiz) já que tal situação não permite ao magistrado diferenciar réus e condenados, afetando, pois, a indispensável individualização do cumprimento da pena.” (NICCI, 2007, p. 304).

¹¹ Da Revogação da Lei 9034/95 e 10217/01 no que diz respeito à interpretação consoante Organizações criminosas, segundo a Constituição Federal de 1988.

¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCI-VIL_03/Projetos/PL/2002msg336-020507.htm>. Acesso em: 15 dez. 2007.

Percebe-se, pois, o inegável descompasso entre a imposição contida na Carta Magna e as normas infra-constitucionais a ensejar, portanto, uma nítida hipótese de controle jurídico em face da conduta omissiva do legislador.

c) Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Todos os seres humanos têm o direito a um meio ambiente equilibrado, capaz de propiciar uma vida de qualidade à presente e às futuras gerações segundo uma ética intergeracional. Nesse sentido, é possível afirmar que os crimes ambientais tutelam bens jurídicos que, não obstante serem de terceira dimensão¹³, asseguram a própria existência humana, tendo em vista que os impactos ambientais são transnacionais.

Em atendimento ao mandamento constitucional, veio a Lei 9.605/98 que transformou as condutas lesivas ao meio ambiente em tipos penais incriminadores, sem prejuízo de sanções de natureza cível e administrativa.

d) Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

O dispositivo em apreço visa resguardar a liberdade sexual futura da criança e do adolescente, no intuito de que eles possam, ao atingir maturidade, desenvolver-se livremente no plano da sexualidade (SILVA, 2006, p.72). A objetividade jurídica ora protegida justifica-se pela incapacidade ou capacidade relativa de esses indivíduos autodeterminarem-se. Daí a necessidade de uma ação conjunta dos poderes públicos, da sociedade e da instituição família no sentido de propiciar um desenvolvimento social, mental e intelectual saudável a esses menores, a fim de que, quando adultos, possam, conscientemente, autogerir a própria vida segundo os valores apreçados pela comunidade na qual estiverem inseridos.

Por outro lado, garantir uma infância livre de toda e qualquer forma de abuso, contribui para a construção de uma sociedade menos violenta e mais fraterna. Afinal, uma estrutura familiar que oportunize amor, educação, lazer e dignidade a crianças e adolescentes, certamente, colaborará com a formação de adultos menos propensos ao crime.

¹³ Os direitos fundamentais do homem podem ser compreendidos a partir da idéia de dimensões ou gerações de direitos. Nessa perspectiva, Paulo Bonavides elabora a seguinte enumeração: a) *direitos de primeira geração*: "são os direitos de liberdade", expressos em direitos civis e políticos; b) *direitos de segunda geração*: constituem os direitos de igualdade que exigem do Estado prestações positivas no sentido de viabilizar o exercício dos direitos fundamentais, são eles: direito a um sistema de proteção ao trabalhador, à seguridade social, à educação; c) *direitos de terceira geração*: conhecidos como direitos de fraternidade (Karel Vasak) ou de solidariedade (Etiene-R. Mbaya): direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação. d) *direitos de quarta geração*: são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (BO-NAVIDES, 2003, p. 569-72).

Sobre esse tema, interessante foi a discussão acerca da hediondez dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados com violência presumida, isto é, cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos, ainda que com o consentimento destes. Em voto esclarecedor, o ministro-relator Gilson Dipp defende que a violência ficta não pode mais ser afastada dos crimes hediondos e explica que o trauma vivido por uma criança que foi obrigada ou induzida a manter relações sexuais tem o condão de gerar danos psicológicos irreversíveis¹⁴. Nesse sentido, e via de regra, pouco importaria a aquiescência da vítima, pois, a lei não oferta ao menor a capacidade de consentir validamente. Decisões dessa espécie servem para reafirmar o mandado de criminalização em tela, que determina categoricamente: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. No caso posto em discussão, decidiu-se que os crimes praticados contra menores de 14 anos, além de hediondos, submeter-se-iam a um aumento de pena correspondente a 1/2 (um meio), previsto no art. 9º, da Lei 8.072/90.

2.2 Mandados Implícitos de Penalização no Brasil

Apesar de a Constituição ter optado por estabelecer expressamente alguns mandados de penalização, isso não significa, em absoluto, que inexistia a possibilidade de se proteger penalmente outros bens jurídicos de idêntica ou superior valoração na sistemática do direito brasileiro.

O fato de ser ter estabelecido ordens expressas, pode ter tido outra razão: evitar que ingerências políticas e interesses escusos impedissem a criminalização de certas condutas que, a depender do momento sociopolítico, poderiam ser propositadamente ignoradas pelo Poder Público e pela própria sociedade. A título de exemplo, citem-se a prática da tortura e o abuso sexual de crianças.

Desse modo, existem outros bens a exigir proteção penal como, aliás, é o caso do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade dentre outros. Outra não é a interpretação que se extrai do caput do art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” [...].

Sob essa perspectiva, verifica-se que o Código Penal não deve ser uma reprodução do Estatuto Penal presente na Carta Magna, mas com este deve ser compatível. Em outras palavras, é o que ensina Juan Antônio Lascuráin Sánchez ao constatar que “a relação entre os bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, senão de coerência” (FELDENS, 2005, p. 94).

Dessa consideração, extrai-se que: A Constituição é norma-parâmetro que permite a realização de um controle jurisdicional da atuação legislativa. Sem esse mecanismo de limitação, o legislador poderia facilmente inobservar o âmbito de sua competência, agindo com inércia ou criando leis de forma desproporcional.

Nesse sentido, os mandados implícitos de penalização funcionariam como uma balança, evitando que o legislador procedesse de forma excessiva ou deficiente em respeito à dignidade da pessoa humana. Contudo, como observa Luciano Feldens, a tese dos man-

¹⁴ (STJ - HC 19.847-SC de 19/03/2002). No mesmo sentido, situa-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (HC 88245-SC, Pleno, relator original Marco Aurélio, relator para acórdão Cármen Lúcia, 16/11/2006).

dados implícitos só poderia ser utilizada se presentes, cumulativamente, dois requisitos: 1) quando o bem juridicamente protegido, além de possuir assento constitucional, for dotado de uma clara e incontestável supremacia dentro da sistemática dos valores constitucionais; e 2) quando as demais searas jurídicas mostrarem-se incapazes de reprimir, satisfatoriamente, em virtude da repulsividade da agressão, a conduta lesiva (FELDENS, 2005, p.140).

Caso essa circunstância não seja verificada, a intromissão legislativa em termos penais seria, por certo, arbitrária e incondizente com os valores de um Estado Democrático de Direito. Por outro lado, a teoria dos mandados implícitos seria uma teoria de extremos, pois, uma vez confirmado o imperativo de tutela penal, ao legislador caberia a observância de mais duas ordens: proibição de proteção deficiente e proibição de proteção excessiva.

Na esteira desse pensamento, em casos de indiscutíveis ofensas à dignidade humana (que por si só abarcaria o direito à vida, à liberdade entre outros), o Estado seria compelido a agir jurídico-penalmente, observando o critério da proporcionalidade, em respeito aos mandados implícitos de penalização. Dessa forma, protegeria ainda, por exemplo, a integridade física e moral diante de ataques graves ao homem como a lesão corporal, a violência sexual, a afronta ao patrimônio entre outros. É o que assevera Luciano Feldens para quem a dignidade e os direitos invioláveis que lhes são inerentes – vida e liberdade –, exigiriam, ao menos em alguma medida, proteção penal (FELDENS, 2005, p. 140-141).

De outro turno, importante notar que a dignidade do indivíduo que transgredir a norma penal deve ser também promovida, evitando tipos abstratos e penalidades excessivamente severas comparativamente à ação ou omissão do agente. Essa é a posição de Fernando Garrido Falla, nas palavras de José Afonso da Silva: “nem mesmo um comportamento indigno priva à pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas” (SILVA, 1998, p. 93).

Por conseguinte, pode-se inferir que no Direito Penal os fatos típicos vinculam-se, direta ou indiretamente, à Constituição em seu sentido material, do contrário, os preceitos democráticos da Carta Magna restariam flagrantemente inobservados. É o que sustenta Lênio Luiz Streck:

Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional (STRECK, 2007, p. 6).

Dessa maneira, e conforme o entendimento de Claus Roxin, a finalidade do Direito Penal seria, a um só tempo, a de delimitar a intenção intervencionista do Estado em matéria penal e a de proteger a sociedade e os indivíduos das agressões de certos membros da comunidade (STRECK, 2007, p. 13). Nesse sentido, Lênio Luiz Streck, parafraseando o mesmo autor, resume: “Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo” (STRECK, 2007, p. 13).

Finalmente, cabe ainda considerar que a construção teórica dos mandados de penalização exige uma tarefa hermenêutica que se baseie no princípio da proporcionalidade no sentido de se evitar leis e interpretações arbitrárias e inconciliáveis com a noção de dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Direito Penal atual, não se pode mais admitir que esta seara jurídica se restrinja a limitar, pura e simplesmente, a atuação estatal. É necessário reconhecer também o papel que esse ramo do direito possui de prevenir e reprimir na medida exata os abusos que começam o livre exercício dos direitos e liberdades de todos os cidadãos.

Com efeito, a Constituição não deve ser compreendida apenas como um limite à atuação legislativa, mas, sobretudo, como fonte na qual se fundamenta o Direito Penal e a aplicação da pena. Dessa forma, de um lado, serve como parâmetro para a aferição da validade das normas jurídicas e, de outro, impõe ao legislador mandados expressos e implícitos de penalização, sem que se ignore a característica da última ratio do Direito Penal.

Assim, se todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, independentemente de cor, idade, sexo, religião ou posição social, todos devem submeter-se de maneira idêntica às leis. Estas, ao seu turno, não podem perder de vista o princípio supremo da dignidade da pessoa humana que deve prevalecer mesmo diante dos agressores.

REFERÊNCIAS

- ARENDE, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARRUDA, Osni Muccellin. *Organização criminosa*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/impressao.asp?id=1830>>. Acesso em: 18 de março de 2008.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e sigilo na investigação criminal*. In: Escola da Magistratura do TRF 4º Região. Caderno de Direito Penal nº4, volume 2. Porto Alegre: TRF 4º Região, 2005.
- BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- COSTA, Carlos Fernando da Cunha. *Direito Penal Secundário e Tutela Ambiental*. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/29009>. Acesso em: 26 nov. 2007.
- DELPÉRÉE, Francis. *O Direito à Dignidade Humana*. Tradução de Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 151-162.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2005.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção obra prima de cada autor).
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MELLO, Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2ª ed., Lisboa: Coimbra Editora, 1993.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.
- SAADI, Ricardo Andrade. *O combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde_arquivos/4TDE-2007-05-12T111923Z189/Publico/Ricardo%20Saadi.pdf>. Acesso em 18 de março de 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição*

de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&Itemid=29>. Acesso em: 12 dez. 2007.

_____. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=25&Itemid=29>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, vol.212, pp.94-98, abr./jun. São Paulo: Renovar, 1998.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei* nº 11.106/2005. Leme, SP: JH Mizuno, 2006.

Artigo recebido em agosto de 2008 e aceito em outubro de 2008.
