

### INDICATIVOS OU MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

<https://dx.doi.org/10.23925/2596-3333.2020v2i1a9>

Recebido: 18.07.2020

Aprovado: 18.08.2020

#### ETEÓCLES BRITO MENDONÇA DIAS JÚNIOR

DOUTORANDO EM DIREITO PELA FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP (2019/ATUAL). MESTRE EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO (2012). ESPECIALISTA EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL PELA UNIÃO EDUCACIONAL DE CASCAVEL (2014). BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (2003). PROMOTOR DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL (2004/ATUAL).

#### RICARDO ALVES DE LIMA

DOUTORANDO EM FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PELA FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO DE SÃO PAULO - FADISP (2019/ATUAL). MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA/USP (2008). MBA EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA EXCELSU EDUCACIONAL EM CONVÊNIO COM O INPG (2016). ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO E GESTÃO TRIBUTÁRIA PELO INPG (2014). ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (2006). ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL PELA UNIVERSIDADE CASTELO BRANCO (2005). ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO EDUCACIONAL PELO CEU-IICS (2004). GRADUAÇÃO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA (2002). ACESSOR JURÍDICO DO INPG *BUSINESS SCHOOL* (2002/ATUAL). DIRETOR ACADÊMICO DA EXCELSU EDUCACIONAL (2012/ATUAL). COORDENADOR DE CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO (2012/ATUAL). AVALIADOR DO INEP/MEC (2010/ATUAL). AVALIADOR AD HOC DA REVISTA ELETRÔNICO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA (2020/ATUAL). ADVOGADO (2002/ATUAL).

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo é demonstrar o atual cenário jurídico penal quanto ao entendimento das teorias que constituem fundamento para a salvaguarda de interesses e valores constitucionais através da força do direito penal, e a escolha de bens jurídicos mercedores de proteção (teoria do bem jurídico-penal), dentro de uma ordem axiológica constitucional que limita a atuação do Estado, e ao mesmo tempo indica pela necessidade de criminalização de novas condutas, ou de se equilibrar as punições em respeito aos princípios constitucionais, especialmente da proporcionalidade, em suas diversas vertentes, e do princípio da vedação do excesso. Na pesquisa foi utilizado o método dedutivo através da pesquisa bibliográfica da doutrina nacional e internacional, realizando uma análise dos conceitos e das teorias que nascem dentro de uma amplitude supranacional, e vêm sendo transpostas substancialmente para as constituições de diversos países, direcionando a atuação do legislador, bem como, influenciando as tomadas de decisões e soluções de conflitos pelo Poder Judiciário, na salvaguarda de interesses comuns, dos direitos e das garantias fundamentais e dos direitos humanos. Nesta direção apresenta-se o entendimento final pela existência de mandados constitucionais de criminalização, e a inexistência de instrumentos jurídicos hábeis para o controle, sobretudo, a correção de omissões legislativas quanto à criminalização de bens jurídicos necessários de proteção.

**PALAVRAS-CHAVE:** INDICATIVOS. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO. CONSTITUIÇÃO. BEM JURÍDICO PENAL.

**ABSTRACT:** The objective of the present study is to demonstrate the current criminal legal scenario regarding the understanding of the theories that constitute a basis for safeguarding constitutional interests and values through the force of criminal law, and

the choice of legal assets worthy of protection (theory of criminal legal well), within a constitutional axiological order that limits the action of the State, and at the same time indicates the need to criminalize new conduct, or to balance the punishments with respect to constitutional principles, especially proportionality, in its various aspects, and the principle of sealing the excess. In the research, the deductive method was used through bibliographic research of national and international doctrine, carrying out an analysis of the concepts and theories that are born within a supranational scope, and have been substantially transposed to the constitutions of several countries, directing the legislator's performance, as well as, influencing the decision making and conflict solutions by the Judiciary, in safeguarding common interests, fundamental rights and guarantees and human rights. In this sense, the final understanding of the existence of constitutional criminalization warrants is presented, and the lack of skilled legal instruments for the control, above all, the correction of legislative omissions regarding the criminalization of necessary legal protection goods.

**KEYWORDS:** INDICATIVE. CRIMINALIZATION LEGAL PRECEPT. CONSTITUTION. CRIMINAL LEGAL WELL.

### INTRODUÇÃO

A existência de mandados ou indicativos constitucionais de criminalização é um tema que vem despertando, no mínimo, significativa curiosidade na comunidade jurídica penal brasileira. Tem sido objeto, ao menos desde a última década, de uma crescente produção bibliográfica, alinhada a um aumento de menções em sede jurisprudencial.

Tal se dá, talvez não por coincidência, em um momento em que o país vive uma crise sem precedentes na segurança pública, e uma crise ética devastadora das instituições públicas, especialmente, por seu entrelaçamento com as grandes corporações empresariais, de modo que a explosão da criminalidade comum e da macrocriminalidade econômica alcançaram patamares antes inimagináveis, mesmo para um país já deficitário nesses aspectos.

Neste contexto redobra-se a responsabilidade dos operadores do direito em envidar esforços para a construção e para a consolidação de uma política criminal, visando um direito penal responsável e que expresse as diretrizes nucleares de um Estado Democrático de Direito.

Conquanto se entenda de forma favorável à existência de obrigações penais positivas em sede constitucional, esta não pode se dar de forma acrítica e

desequilibrada, sendo necessário preservar a espinha dorsal do direito penal, fundada nos princípios que lhe são muito caros, como a legalidade, a ofensividade, a culpabilidade, a intervenção mínima, dentre outros.

Neste momento de crise, há um indisfarçável risco da banalização dos mandados de criminalização, caminhando para a imposição de uma dogmática ou da prática forense apartadas de critérios científicos e que denotam segurança jurídica, o que pode contribuir para a dissipação de um arcabouço teórico mínimo, com consequente propagação de soluções injustas, impregnadas de insegurança jurídica, e com uma retórica efêmera e securitária.

O objetivo deste trabalho, sem pretensões de apresentar verdades absolutas, foi de destacar os principais pontos de vista a respeito do tema, delineando os indicativos de criminalização com o conceito moderno de bem jurídico penal, dentro de uma ordem objetiva de valores, em respeito ao princípio da proporcionalidade, em suas vertentes da vedação do excesso, e da vedação da proteção deficiente, trazendo por fim o conceito de mandados constitucionais de criminalização e o seu impacto na ordem constitucional brasileira, e em nível de proteção internacional de direitos humanos (neste último caso, em situações episódicas).

### **1. BEM JURÍDICO PENAL NA VERTENTE CONSTITUCIONAL**

Em que pese já ter sido combatida em frentes distintas, a teoria do bem jurídico penal e sua vertente constitucional substancial sobreviveu ao escrutínio do tempo, e atualmente, é a que melhor explica e orienta o fenômeno de criação e da conformação legislativa dos tipos penais.

Isso porque a atividade produtiva de ilícitos penais na ordem normativa, seja no viés *negativo* (de proibição de excessos punitivos na criação de delitos ou na majoração de penas), seja no *positivo* (de imposição ou indicação de legislar sobre direito penal em certos assuntos) não pode consubstanciar um cheque em branco para o legislador criminalizar e descriminalizar as condutas que bem entender, mas, sim deve

ter como parâmetro maior a *moldura axiológica*<sup>1</sup> guardada pela Carta Constitucional, com especial destaque para os direitos e garantias fundamentais, atrelados com maior ou menor intensidade à dignidade humana.

Para Luiz Regis Prado as teorias constitucionais do bem jurídico são desenvolvidas principalmente pela doutrina italiana, e procuram formular critérios capazes de se impor ao legislador ordinário, conformando-o a certos limites na hora de criar ilícitos penais. Então, o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização das diretivas político-criminais (PRADO, 2019a, p. 61). Nessa linha, a sua conceituação é alinhada a uma postura constitucional estrita, mas moderada, na qual bem jurídico pode ser definido da seguinte forma:

Bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social, entidade dotada de valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (PRADO, 2019a, p. 43-44).

Além disso, o autor relembra possuir o princípio da proporcionalidade papel complementar à noção de bem jurídico, assumindo a diretriz de elemento de ponderação, para que a pena cominada seja idônea a tutelar determinado bem jurídico diante da conduta lesiva. Há um limite máximo negativo imposto ao legislador no momento da escolha da lei penal, obrigando sua conformação aos valores constitucionais para limitar o direito de punir estatal. (PRADO, 2019a, p. 67).

No pensamento do autor extrai-se pela existência de uma função positiva na Constituição (no sentido desta apontar exigências de incriminação). Porém, prevaleceria a função negativa, de limitação do poder de punição estatal, excluindo-se determinadas finalidades ou valores do elenco de bens jurídicos tuteláveis penalmente.

O tema será retomado com mais aprofundamento adiante, mas por ora cabe ressaltar o acerto da colocação, especialmente diante dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, e de *ultima ratio* do direito penal, que tornam

<sup>1</sup>“Uma moldura que combine os princípios da proporcionalidade, dignidade penal e da carência de tutela penal, onde o conceito de bem jurídico poderá resplandecer numa ordem axiológica jurídico-constitucional, deixando de lado uma roupagem desvalorizada refletiva por um sistema penal inflacionado”. (LIMA, 2012, p. 159).

dogmaticamente inviável a prevalência de um aspecto mandamental penal proativo face a principiologia minimamente intervencionista e bloqueadora da expansão criminalizante, ínsita a um direito penal tributário de um Estado Democrático de Direito. Para Luciano Anderson de Souza, o direito penal não pode ser utilizado pelo legislador como primeira opção (*prima ratio*) para o controle social de condutas indesejadas. O quadro constitucional democrático impõe, de modo implícito, a prevalência de uma intervenção penal mínima, de *ultima ratio*, que orienta e limita o poder sancionador (SOUZA, 2019a, p. 66). Complementando o raciocínio, o autor nos traz que o princípio da intervenção mínima:

Preconiza que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir o único meio necessário para proteger determinado bem jurídico de natureza penal. Em outras palavras, se outras formas de controle social se revelarem suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada, visto que se tolhe o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos quando medida menos gravosa é possível de ser adotada. (...)

O princípio da intervenção mínima ressalta, ademais, o caráter fragmentário do Direito Penal, pois, assim como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos, nem todas as ações que lesionam bens jurídicos penais são proibidas por esse ramo. Apenas os mais graves ataques contra os mais caros valores sociais são tutelados penalmente, o que caracteriza o princípio da fragmentariedade. Quanto a isso, pode ser referenciada, e.g., a proteção penal do bem jurídico patrimônio: exclusivamente as mais significativas ofensas ao patrimônio são criminalmente cerceadas – como em um furto, roubo ou estelionato – afastando-se dessa seara, por exemplo, o mero descumprimento contratual ou o simples inadimplemento de uma dívida. (SOUZA, 2019, p. 66-67)

Logo, não seria viável uma ruptura entre as diretrizes de tutela penal de bens jurídicos e a vigência de um Estado Democrático de Direito, devendo a tipificação penal vir a lume apenas quando socialmente necessária para a proteção de bem jurídico de especial relevo para a viabilidade da coexistência social. Ademais, não é qualquer bem que alcança o *status* de bem jurídico, a ponto de ser objeto de proteção jurídico-penal. Neste sentido, Valter Kenji Ishida,

Para ser alvo da proteção penal, o bem deve possuir um substrato subjetivo: para tanto, deve ser um bem existencial, como é a vida. Assim, nem todo bem é necessariamente um bem jurídico. Ainda

nesse sentido, somente seriam alvo de tutela, os bens jurídicos fundamentais. Mas esse conceito é de difícil delimitação: precisar quais seriam efetivamente os bens fundamentais. (ISHIDA, 2017, p. 19).

Salientamos que os bens jurídicos essenciais seriam aqueles com adstrição direta, ou pelo menos indireta, a direitos e garantias fundamentais, em respeito aos valores consagrados constitucionalmente, sobretudo, no plano de proteção internacional de direitos humanos, consubstanciando pontos de pacificação e de otimização da vida em sociedade, colocando a pessoa como protagonista do ordenamento jurídico.

Para Luiz Regis Prado, o bem jurídico é mais do que seu substrato, visto ser resultado de um juízo de valor positivo sobre algo. Sempre traz em si algo valioso para a ordem jurídica, sendo a expressão de uma relação empírico-axiológica. Apesar disso, nem sempre seu substrato coincidirá com o objeto sobre o qual é produzido o resultado, ou seja, nem sempre terá suporte corpóreo ou material equiparável ao objeto da ação ou do fato. É inegável seu caráter dinâmico, e não pode ser confundido com a *ratio* da norma incriminadora, adstrita a um juízo de valor de oportunidade de política criminal. Ademais, deve o bem jurídico estar concatenado com o quadro axiológico vazado na Constituição ou com a noção de Estado democrático e social de Direito. (PRADO, 2019a, p. 45).

Claus Roxin alerta que a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador. Ciente disto, aponta que a doutrina penal alemã vem construindo, desde o pós-guerra, critérios de limitação ao poder de intervenção jurídico-penal, fazendo-o com a teoria do bem jurídico. A ideia principal seria de que o direito penal deve proteger bens jurídicos concretos, e não convicções políticas, morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas de mundo ou simples sentimentos. (ROXIN, 2018, p. 11-12). Para tanto, afirma o autor que,

Sobre a base de reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como 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. A diferenciação entre realidades

e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário. (ROXIN, 2018, p. 18-19).

Luíza Nívea Dias Pessoa lembra que a doutrina penal geralmente se divide em duas concepções de bem jurídico, uma flexível e outra rígida. Para os adeptos da primeira, a Constituição é reconhecida como fonte primordial, mas não exclusiva, de catálogo para detecção de bens jurídicos tuteláveis penalmente, havendo uma consequente margem mais flexível para o legislador infraconstitucional escolher e proteger outros bens jurídicos através deste ramo do direito.

Já para os adeptos da concepção rígida, a Constituição seria não só um limite negativo, mas, também positivo, à atuação do legislador, de modo tal que bens jurídicos dignos de tutela penal são somente aqueles previstos expressamente ou extraíveis dos valores presentes no texto constitucional. Nesse viés, a liberdade de atuação do legislador infraconstitucional seria estritamente conformada pela normatização constitucional, motivo pelo qual o controle de constitucionalidade de normas criminalizadoras de conduta deve tratar de princípio jurídico-constitucional de bem jurídico. (PESSOA, 2018, p. 245).

De todo modo, no caso brasileiro, vige uma Constituição programática com a previsão expressa ou implícita de diversos bens jurídicos, individuais e coletivos, havendo ampla margem de possibilidades de criminalização pelo legislador infraconstitucional, sendo todas elas, em princípio, legítimas.

A adstrição a algum bem jurídico agasalhado, mesmo que de forma indireta, pela ordem normativa vigente deve ser observada, sob pena de inconstitucionalidade, como entendemos ser o caso, por exemplo, de toda a Lei de Contravenções Penais, e de alguns dispositivos esparsos da legislação penal extravagante.

A dúvida que permeia o operador do direito é se alguns desses indicativos de criminalização possuem caráter cogente, subtraindo do legislador a possibilidade de sobre eles não legislar. A criminalização de condutas só será legítima se estiver em consonância com os valores sociais reconhecidos pela ordem constitucional. Mas, para

além disso, se elas são impostas ou unicamente indicadas é um questionamento sem fácil resposta.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UMA ORDEM OBJETIVA DE VALORES

Há algum tempo a doutrina constitucional apreendeu que direitos e garantias fundamentais trazem mais do que posições jurídicas subjetivas de vantagem e de proteção da pessoa contra eventual postura invasiva e ilegítima do Estado, especialmente, em sua esfera existencial e de liberdade.<sup>2</sup> Mais do que isso, consubstanciam uma ordem objetiva de valores, alicerçada no livre desenvolvimento da personalidade e no valor intrínseco da pessoa humana. Para George Marmelstein,

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ordem de valores que eles representam. Ela é fruto de um dever específico de proteção que obriga que os direitos fundamentais sejam levados em conta na hora da tomada de decisões pelos agentes públicos.

Como consequência da dimensão objetiva, qualquer interpretação jurídica deverá ser feita à luz dos direitos fundamentais, que se transformam no fundamento axiológico de todo o sistema normativo (...). (MARMELSTEIN, 2018, p. 338).

Entender os direitos fundamentais unicamente como direitos negativos passou a ser uma postura adjetivada, no mínimo, incompleta e insuficiente para a efetiva produção de seus efeitos normativos, senão, também desrespeitosa frente à ordem constitucional. Mais do que trazer posições jurídicas subjetivas de proteção da pessoa contra eventual postura invasiva e ilegítima do Estado em sua esfera de liberdade, os direitos e garantias fundamentais consubstanciam uma ordem objetiva de valores, alicerçada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana.

---

<sup>2</sup> Para Ricardo Alves de Lima “o *princípio do devido processo legal* ora estudado, e os *princípios do juiz natural*, do *contraditório* e da *ampla defesa* foram sendo integrados ao texto de convenções internacionais que perquiriram harmonizar as legislações de seus signatários, os quais comungando dos mesmos *valores e interesses* puderam trilhar o mesmo caminho de evolução significativa advinda desses conceitos e institutos, ampliando o raio de proteção dos Direitos Humanos”. (LIMA, 2020, p. 186).

Impõem, não só uma postura de abstenção, mas também de proatividade do poder público e da própria sociedade, no intuito de trazer luz às medidas efetivadoras de justiça social, de reais condições de igualdade material para o gozo pleno das consequências trazidas pela concreção desses direitos na realidade fática. Para Dirley da Cunha Júnior,

Os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também com elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda a ordem jurídica. Vale dizer, os direitos fundamentais devem ser concedidos não só como garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores objetivos básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado. Os direitos fundamentais são, portanto, e há um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, eles conferem aos seus titulares a prerrogativa de exigir os seus interesses em face dos órgãos estatais ou qualquer outro eventual obrigado, que se contraem do dever jurídico de satisfazê-lo, sob pena de serem acionados judicialmente. Enquanto elementos objetivos da ordem constitucional, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 590-591).

Neste diapasão, Otávio Luiz Rodrigues Jr. lembra que o conceito de ordem objetiva de valores remonta ao caso *Luth*, julgado pelo Tribunal Constituição da Alemanha no final da década de 50, donde reconheceu-se a extensão dos direitos fundamentais para além da sua estrutura clássica de direitos de resistência. Tal construção se completa com a admissão de que o ordenamento jurídico não é axiologicamente neutro, pois a Lei Fundamental criou uma ordem objetiva de valores, baseada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade de todos os seres humanos, vinculando diretamente todas as funções estatais e todos os ramos do direito. (RODRIGUES JÚNIOR, 2019, p. 260).

Para Luiz Regis Prado, o ponto de partida do direito penal deve ser o conceito de pessoa, que surgirá em primeiro plano como valor absoluto e determinante de toda decisão, sendo defeso ao Estado a sua instrumentalização, afinal, o Estado existe para o indivíduo, e não o oposto. Assim, a dignidade do homem deve ter fundamento ontológico e antropológico para além do aspecto normativo. (PRADO, 2019a, p. 80-81).

O autor aponta que a orientação político-criminal de proeminência à liberdade e dignidade encontra-se agasalhada no texto constitucional, inclusive na própria definição de Estado nele epigrafada, como no preâmbulo e no catálogo de direitos sociais do artigo 6.º. Essas e outras normas concretizam o aspecto social do Estado e proclamam decisões políticas que fundamentam todo o sistema constitucional, atuando como valores de integração coletiva dos cidadãos, ou seja, um sistema de valores, ao qual se vincula a Constituição substancial, o Estado Constitucional. (PRADO, 2019a, p. 82).

A noção de bem jurídico emerge de parâmetros constitucionais, impositivos de limites ao legislador penal. Este último não pode criar tipos penais à margem das diretrizes e valores constitucionais que operam como marco de referência geral ou de previsão específica dos bens jurídicos, e de suas formas de garantia, sob pena de descaracterizar o caráter excepcional da tutela penal.

Encontram-se, portanto, na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material estende, pois, suas raízes direta ou indiretamente no texto constitucional. O legislador deve elevar à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se revela um valor, afinal, à norma constitucional cabe retratar os valores e fundamentos de cada época. Os bens merecedores de tutela penal serão os de indicação constitucional específica, e os que se encontrem em harmonia com o Estado Democrático de Direito, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade. (PRADO, 2019a, p. 88-89).

Os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, uma vez consagrados explícita ou implicitamente na ordem jurídica constitucional, impõem o dever estatal de proteção, seja ele administrativo, legislativo ou judicial, a demandar ações na ordem jurídica e no plano fático pelo poder público, para fins de evitar o esvaziamento de suas funcionalidades constitucionais na realidade concreta. Segundo o doutrinador alemão Robert Alexy,

Por direitos à proteção devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado à que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos à proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma

mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de atos administrativos e por meio de ações fácticas. O que há em comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fácticas ou normativas em face do Estado. (ALEXY, 2008, p. 450-451).

Enfim, essa complexa funcionalidade dos direitos fundamentais dentro do contexto constitucional trazem as seguintes consequências:

a) os direitos e garantias fundamentais, para além de sua vertente subjetiva, cravam imposições normativas irradiantes, em maior ou menor grau, perante todos os ramos do direito no país, condicionando o comportamento do legislador, dos governantes e dos aplicadores da lei;

b) esse condicionamento de comportamento impõe não apenas uma postura omissiva, de respeito aos direitos fundamentais, mas, também de estímulo e proatividade à tomada de medidas administrativas, materiais, legislativas e judiciais para fazer prevalecer, geralmente em contextos de crise, os direitos e garantias fundamentais e os valores primordiais que direcionam o projeto constitucional;

c) os direitos fundamentais, como ordem objetiva de valores, possuem como premissa nuclear afastar a possibilidade de ataques aos bens jurídicos fundamentais que podem advir não somente do poder público, como igualmente, ou de forma mais grave, por particulares, como os grandes conglomerados econômicos, e as organizações criminosas transnacionais;<sup>3</sup>

<sup>3</sup> “As características principais que norteiam a doutrina moderna do bem jurídico, o qual serve de revestimento para o encontro das concepções legitimantes de sua escolha e da identificação da carência de tutela penal, dentro de escalas de valores materializados no ordenamento jurídico internacional, apontamos, na direção de inflectir tais conceitos na materialização de um Direito Penal de nível Europeu, eis que com a criação de comunidades e pelos efeitos da globalização, urgem bens jurídicos supranacionais carecedores de uma proteção mais eficaz, especialmente, contra a atuação desenfreada da transcriminalidade grave e organizada”. (LIMA, 2012, p. 165).

d) os bens jurídicos merecedores de tutela penal serão aqueles que possuem adstrição de maior ou menor grau com direitos fundamentais e de valores constitucionais, não sendo legítima a criminalização de condutas que não encontrem amparo na ordem objetiva de valores fixada constitucionalmente (ao menos um amparo indireto é exigido);

e) dentro das possibilidades de condutas proativas necessárias para a defesa dos valores constitucionais encontram-se apontamentos constitucionais para legislar em determinadas matérias, inclusive em direito penal;

f) há controvérsia sobre se esse alerta ao legislador possui ou não caráter cogente no Brasil, estando a produção doutrinária sobre o tema ainda em fase de desenvolvimento, se observando uma tendência de acatamento da existência de mandados constitucionais de criminalização, embora com algumas restrições de ordem interpretativa, devidamente analisadas na sequência do estudo.

### **3. UM DOS PRINCÍPIOS PENAIS LEGITIMADORES DO DIREITO DE PUNIR: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SUA VERSÃO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Como sabido, o princípio da legalidade, embora fundamental para a concreção de um autêntico regime democrático, não se revelou suficiente para, por si só, garantir plenamente as liberdades públicas e os direitos coletivos dos jurisdicionados. Ao revés, a prática constante de atos administrativos, normativos e mesmo judiciais, comissivos ou omissivos, em dissonância do respeito aos direitos fundamentais, trouxe a lume a necessidade de uma construção dogmática apta a condicionar a legitimação da atuação estatal em observância de um núcleo material essencial de equilíbrio e racionalidade frente à ordem constitucional.

Para tal, reconhece-se a existência do princípio da proporcionalidade na ordem jurídica pátria, como mandamento constitucional implícito na cláusula do devido processo legal substancial (artigo 5.º, inciso LIV), do Estado Democrático de Direito (artigo 1.º, *caput*), e isonomia material e da proteção e eficácia imediata dos direitos fundamentais (artigo 5.º, *caput* e parágrafo primeiro), todos garantidos pela Constituição Federal como mandamentos qualificados de proteção à pessoa.

A relação entre o princípio da proporcionalidade e Estado Democrático de Direito é indissociável. O primeiro está ligado a vigência formal e material do segundo. (OSÓRIO, 2019, p. 197). Essa ligação ôntica e axiológica é um dos fatores que compensa a ausência de previsão específica de agasalho ao referido princípio em sede constitucional.

Isso porque, o Estado Democrático e Social de Direito, a despeito da generalidade e do poder de alcance desta expressão, para Fábio Medina Osório, pode ser compreendido como o Estado Constitucional fundado na dignidade da pessoa humana, na cidadania e direitos fundamentais, e submetido a um direito democraticamente constituído e legitimado. (OSÓRIO, 2019, p. 197).

A expressão alcança outros significados nas lições de Luiz Regis Prado, para o qual essa demonstra que a Constituição agasalha tanto os mecanismos formais de garantia do Estado de Direito com o princípio democrático e a dimensão social própria do Estado democrático e social, rompendo com a indesejável separação entre Estado e Sociedade.

Na linha do pensamento do autor, o Estado Democrático e Social de Direito, é mais do que o somatório de características entre Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito, e possui como elementos primordiais: a) soberania popular, da qual emanam os poderes do Estado; b) legitimação dos governantes por eleições periódicas pós-sufrágio universal, com pluralismo de opções; c) submissão dos governantes à lei, hierarquia das normas, controle judicial de suas decisões e responsabilidade por seus atos e decisões; d) preservação da Constituição pelo Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal); e) separação de poderes (funções); f) reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, com incorporação dos novos direitos econômicos, sociais e culturais; g) função promocional dos poderes públicos para propiciar as condições e remover os obstáculos para a igualdade entre os cidadãos; h) intervenção dos poderes públicos na organização econômica; i) potencialização das organizações sociais e culturais, favorecendo a participação e controlando os serviços que afetem a qualidade de vida. (PRADO, 2019a, p. 79).

Relevante salientar que a tradicional efetividade prática do princípio da proporcionalidade, no âmbito do direito público, à luz da dinâmica do Estado

Democrático e Social de Direito, costumeiramente residiu no controle de atos, decisões e condutas estatais que configurem excesso de poder e/ou violação aos limites adequados de atuação administrativa ou jurisdicional, sempre sob a ótica dos objetos colimados pelo interesse primário do Poder Público, caracterizando, indubitavelmente a teoria e princípio da *proibição de excesso*.<sup>4</sup>

De fato, lembra Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que aplicado ao direito penal, o princípio da proporcionalidade apareceu pela primeira vez na Alemanha em 1875, por ocasião de julgamento de jornalistas que haviam se recusado a servir de testemunhas, e para os quais se postulava a aplicação de penas proporcionais em relação ao crime objeto do processo original. Desde então, a jurisprudência alemã orientou-se no sentido de conceber o princípio da proporcionalidade como compreendido nos princípios constitucionais da dignidade humana e Estado de Direito, à luz do artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (CARVALHO, 2014, p. 64-65).

O princípio da proporcionalidade, através das suas três vertentes de adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito, foi concebido e utilizado como elemento limitador da atuação estatal diagnosticada como invasiva e desmesurada, principalmente em casos de excessos na aplicação do poder punitivo em sentido amplo. Nesse norte, temos a classificação doutrinária de cada um dos subprincípios. Quanto ao subprincípio da adequação, Heinrich Scholler leciona que,

A adequação ou aptidão (*geegnetheit*), nos deve dizer se determinada medida representa, segundo Zimmerli, o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. Trata-se aqui de um mecanismo que veda o arbítrio, através da ponderação entre meio empregado e o fim que se deseja alcançar. Ainda conforme Scholler, a adequação significa que o estado gerado pelo poder público por meio de ato administrativo ou de lei e o estado no qual o fim almejado pode ser

<sup>4</sup>Para Ricardo Alves de Lima, “este princípio na verdade representa que o Estado ou aquele que deter legitimidade para instrumentalizar o Direito Penal, agindo de forma moderada, em especial, quando usufrui de seu monopólio da gestão da liberdade humana através do Direito Penal, deverá observar que, por se utilizar de instrumentos onerosos aos direitos e liberdades humanas, sua intervenção jurídico-penal somente restará legitimada, quando da falha de outros meios de política social (em especial judiciária) (LIMA, 2012, p. 161). Se assim não o for, tal atuação estará impregnada de vícios não ocultos ao princípio da *proibição de excesso*, o qual de forma geral institui um controle da “razoabilidade, coerência, razoabilidade-adequação, proporcionalidade-necessidade” (CANOTILHO, 2003, p. 266-269).

tido como realizado situam-se num contexto mediado pela realidade à luz de hipóteses comprovadas. (SCHOLLER, 2006, p. 438).

Em seu subprincípio da necessidade, na lição de Ana Paula de Barcellos, significa que deve ser aferida a relação custo-benefício do meio empregado com os direitos que estão sendo restringidos, em uma preocupação real de vedação do excesso. Logo, se o poder público pode impor ato menos gravoso que alcance o mesmo objetivo, não se justifica que adote, desnecessariamente, a medida mais grave. (BARCELLOS, 2019, p. 168).

Valter Kenji Ishida desdobra o método de análise da necessidade da medida em quatro componentes, sendo elas, *exigibilidade material* (o meio deve ser o menos lesivo à limitação dos direitos fundamentais), *exigibilidade espacial* (delimitação de onde será cumprida a medida), *exigibilidade temporal* (delimitação de tempo) e *exigibilidade pessoal* (o sujeito atingido), de modo que a necessidade atribuí ao sujeito passivo da medida o direito de ser submetido a menor desvantagem possível, sempre que houver possibilidade de aplicação de mais de uma restrição. (ISHIDA, 2017, p. 90-91).

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, por último, significa a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Nesse viés, há necessidade de analisar a adequação e necessidade do ato e da norma frente ao bem preservado e ao bem sacrificado, levando-se em conta o ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, à luz de sua própria finalidade específica os atos podem ser vedados por outras proposições do sistema constitucional, ou promover restrições excessivamente intensas a outros bens ou direitos (BARCELLOS, 2019, p. 168). Em síntese sobre o conceito e alcance de tais vertentes, Luiz Regis Prado, nos direciona que,

Considerando as três vertentes ou subprincípios da proporcionalidade *lato sensu* (adequação ou idoneidade; necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito), pode-se afirmar que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens. Pontifica-se que o subprincípio da adequação (por ele denominado também conformidade) trata de controlar a relação de adequação medida-fim; a exigibilidade, de seu turno, não põe em crise a adoção da medida

(necessidade absoluta), mas sim a necessidade relativa da providência, ou seja, perquire se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos; e a proporcionalidade em sentido estrito sopesa as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins. (PRADO, 2019b, p. 151).

O fato é que, conforme já ressaltado em tópico anterior, a complexidade da vida moderna comprovou que os direitos fundamentais não seriam meros direitos negativos, ou seja, direitos cuja função única seria limitar atuação estatal ao máximo em prol da liberdade individual, como era compreendido pelo constitucionalismo liberal burguês.

A outrora examinada dimensão objetiva dos direitos e garantias constitucionais, individuais e metaindividuais, impõe ao poder público estatal um dever de prestação e proteção, impositivo de contínuas e consequentes condutas estatais proativas, correlatas ao reconhecimento desses direitos como valores objetivos básicos de conformação do próprio Estado Constitucional Democrático de Direito. Em função disso, a obrigação de observância, respeito, e concretização dos direitos fundamentais acarreta ao Estado um perene dever de agir e não se omitir para fins de concretizar os valores sociais consagrados em sede constitucional.

De fato, dispor em catálogo constitucional um direito fundamental sem prever as formas normativas idôneas à sua proteção, ou prolongar no tempo uma postura de inação acentuada, de forma a tornar *tabula rasa* a usufruição desses mesmos direitos, equivale a anulá-los na ordem jurídica, como se eles não existissem. Neste diapasão, ensina Joaquim José Gomes Canotilho,

Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (*Untermassverbot*). Existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa, ou de natureza material, conducente há uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2003, p. 273).

O princípio da proporcionalidade englobaria, portanto, além de uma vertente inibitória ao poder público, no sentido de neutralizar posturas invasivas às esferas de liberdades (especialmente em detrimento dos chamados direitos de primeira geração), um viés impositivo, um comando da ordem normativa, genérico ou específico, determinando a proteção de bens jurídicos essenciais à vida coletiva através de medidas e ações concretas, sejam no aspecto material, legislativo e judicial. No mesmo sentido, aduz Daniel Sarmento,

A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais – mesmo os de matriz liberal - que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente. (...)

Assim, quando o Estado abster-se, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreceria a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental o objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: (a) se sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo; e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sobre o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). (SARMENTO, 2013, p. 167-168)

O princípio da proporcionalidade, na sua vertente proibição da proteção deficiente aos direitos fundamentais, revela-se importante vetor para diagnosticar um cenário de omissão, mora ou insuficiência na adoção e concreção dos medidas específicas de proteção, por parte dos agentes públicos, sejam eles integrantes de quaisquer das esferas de poder, de modo que a ausência dos instrumentos protetivos adequados colocaria em risco o respeito e fruição, em parâmetros mínimos, dos direitos e garantias fundamentais agasalhados constitucionalmente.

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, no Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> já existe precedente de interesse doutrinário que evidencia esse posicionamento, envolvendo a aplicação do princípio da proporcionalidade na sua vertente proibição da proteção deficiente aos direitos fundamentais. A aplicação desta nova configuração do princípio constitucional em tela se revelou no voto do mesmo autor, em lide onde se analisava a extinção da punibilidade de crime de estupro contra menor impúbere, que posteriormente passara a conviver maritalmente com o infrator.

Em suas considerações, o ministro refutou a tese de extinção da punibilidade por aplicação analógica de dispositivo que previa tal solução para crimes sexuais, quando a vítima se casava com o criminoso. O caso envolvia situação onde criança fora confiada ao autor, que com ela manteve relações sexuais desde os seus nove anos de idade. Logo, postulava-se o reconhecimento de união estável entre garota de doze anos que engravidou, após manter relações sexuais com o marido da tia, seu tutor legal, e que, depois de ter o filho, veio a juízo afirmar que vivia maritalmente com o próprio opressor.

Na fundamentação respectiva, ressaltou a existência, na ordem jurídica, de um “garantismo positivo”, que obrigaria o Estado a não se abster de punir condutas altamente reprováveis, gravemente atentatórios contra bens jurídicos relevantes. Atender ao pleito do réu no caso concreto equivaleria a ofender o princípio da proporcionalidade, no tocante à proibição da proteção insuficiente. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 203).

Todavia, o princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação da proibição deficiente, emite um permanente sinal de alerta ao legislador e ao operador do direito, pois, como adverte Guilherme de Souza Nucci<sup>6</sup>, jamais pode servir de escudo para derrubar importantes conquistas penais e processuais penais, devendo ser equilibrado ou até mesmo neutralizado por princípios outros de igual ou maior envergadura, como é o caso da legalidade, culpabilidade, intervenção mínima. (NUCCI, 2015, p. 287).

<sup>5</sup> STF. Recurso Extraordinário 418.376. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. D.J 23/03/2007.

<sup>6</sup> Ainda, para o autor, seria inadmissível, por exemplo, suprir eventual deficiência estatal na tutela da segurança pública através da invocação da analogia *in malam partem*, mas, infelizmente, *assim* agiu recentemente o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO n.º 26, certamente um dos capítulos mais tristes de sua história, na aplicação do direito penal.

No estágio atual de desenvolvimento do direito constitucional, portanto, não há dúvidas quanto à existência e a importância prática do princípio da proporcionalidade em suas vertentes. A questão que se coloca é como compatibilizar a vertente da proibição da proteção deficiente com o irrenunciável caráter fragmentário e de intervenção mínima do direito penal, pergunta para qual buscam-se respostas neste estudo.

#### **4. INDICATIVOS OU MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SITUAÇÕES EPISÓDICAS NO DIREITO INTERNACIONAL**

Chegamos a um ponto possível em conceituar mandados constitucionais de criminalização como os instrumentos de concretização do princípio da proporcionalidade em sua vertente da vedação da proteção insuficiente, e do dever estatal de proteção aos direitos e das garantias fundamentais, assim, como da ordem objetiva de valores a eles inerentes, dentro de âmbito do direito penal.

Através de tais enunciados, oriundos do texto constitucional ou do bloco de constitucionalidade, são impostos, a partir do topo hierárquico do ordenamento jurídico, deveres ao legislador ordinário de criminalizar certas condutas ofensivas de bens jurídicos caros à coexistência social, ou não descriminalizá-las ou, ainda, não fixar punição desarrazoada frente à essencialidade do bem jurídico tutelado, e seu caráter de *ultima ratio*.

Para Flávio Eduardo Turessi é com base no reconhecimento da necessidade de se instituir deveres de proteção aos direitos fundamentais que são identificados no texto da Lei Maior normas constitucionais que encerram verdadeiras ordens de criminalização ao legislador penal ordinário, limitando a sua liberdade de atuação através do apontamento de matérias sobre os quais o legislador ordinário não teria a faculdade, mas sim a obrigatoriedade, de legislar, protegendo determinados bens jurídicos de forma adequada e integral. (TURESSI, 2015, p. 162).

São ferramentas radicais, necessariamente episódicas (pois não podem descaracterizar o princípio da fragmentariedade), porém imprescindíveis para completar o ciclo de tutela de alguns bens jurídicos de vital importância para a viabilidade social,

conforme reconhecido constitucionalmente de modo implícito ou explícito. A extensão de tal espécie de proteção, também a cargo do direito penal se dá, dentre outros motivos, em razão de outras áreas do direito terem se revelado, à luz tanto da dogmática quanto da experiência prática, como insuficientes a cumprir tal desiderato. Por este caminho, ensina Luciano Feldens:

Essas normas constitucionais indicam que, ademais de legitimar a atividade do legislador penal, em determinados casos a Constituição exige sua intervenção por meio de normas que designamos mandados constitucionais de tutela penal (criminalização). A Constituição funciona, aqui, como fundamento normativo do Direito Penal, transmitindo um sinal verde ao legislador, o qual, diante da normatividade da disposição constitucional que o veicula, não poderá recusar-lhe passagem. Trata-se, pois, de uma zona de obrigatoria intervenção do legislador penal. (FELDENS, 2012, p. 73).

No mesmo passo, para Evânio Moura os mandados de criminalização dizem respeito à existência de preceito constitucional expresso ou implícito que imponha uma atuação do Estado na proteção de determinado bem jurídico. Isso implica na limitação do legislador infraconstitucional quanto a certos temas. Disso seriam exemplo as previsões atinentes aos delitos de racismo (artigo 5.º, XLII, CF/88), tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos (artigo 5.º, XLIII, CF/88), ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o regime democrático (artigo 5.º, XLIV, CF/88), retenção indevida e dolosa de salário de trabalhador (artigo 7.º, X, CF/88), abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes (artigo 227, §4.º, CF/88), condutas lesivas ao meio ambiente (artigo 225, § 3.º, CF/88). (MOURA, 2017, p. 102-103).

Nilo Batista, por sua vez, concorda com a existência dos mandados constitucionais de criminalização, mas emprega o termo “imposição constitucional de tutela penal”. Expõe que, além de suas funções de fundamento e controle, o texto constitucional teria aptidão de selecionar situações a serem tratadas necessariamente pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, saúde, e ao bem-estar do povo. Alerta, ainda, para o fato de que as imposições constitucionais de criminalização sequer seriam uma inovação trazida pela Constituição Republicana de 1988, eis que a

Carta Maior de 1946, em disposição nunca regulamentada, já previa a repressão para o abuso do poder econômico. (BATISTA, 2011, p. 88).

Conquanto, mandados expressos de criminalização não seriam inovações brasileiras. Como lembra Luis Regis Prado, o artigo 26, I, da Lei Fundamental alemã prevê a obrigação constitucional de criminalizar a preparação de guerra e de agressão, assim como o atentado à convivência pacífica dos povos. A constituição italiana sujeita à pena criminal toda violência física e moral contra a pessoa (art. 13, 4). No direito português, há imposição constitucional penal de punição para os casos de crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos artigo 120.3. (PRADO, 2019c, p. 64).

Os autores fluminenses Alexandre Araripe Marinho e André Guilherme Tavares de Freitas, em estudo aprofundado sobre o tema, expõem que existem, ao lados dos tradicionais princípios constitucionais limitadores do direito de punir, os princípios constitucionais legitimadores do direito de punir, donde se destaca o princípio da proteção penal eficiente dos direitos fundamentais (proibição de proteção deficiente), concretizado, dentre outras formas, através de mandados constitucionais de criminalização e mandamentos constitucionais de tratamento penal agravado. (MARINHO; FREITAS, 2014, p. 45).

Partindo-se da distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, relembrem que, na sua função de direitos de defesa, os direitos fundamentais constituiriam limites negativos à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas nas posições de vantagem dos indivíduos. Todavia, atuando na função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a agir (preventiva ou repressivamente), quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares. Isso porque uma das funções primordiais do Estado Social de Direito, ao lado de limitar o poder de punir, seria proteger a sociedade da ação criminosa de alguns de seus membros. Será, ainda, neste sentido que afirmam,

Nessa dimensão – do Estado Social de Direito – protetor dos direitos fundamentais, é que se legitima constitucionalmente a intervenção penal, decorrendo, daí, uma verdadeira obrigação de prestação normativa por parte do Estado, que não pode deixar de utilizar o Direito Penal para a proteção desses direitos, toda vez que a sanção penal se revelar necessária. (...). O próprio princípio constitucional da

legalidade, explicitado no art. 5º, XXXIX, da Lei Maior, que é tratado pela vasta maioria da doutrina como um princípio exclusivamente limitador do poder de punir do estado, tem sua vertente legitimadora deste mesmo poder, pois que se a Constituição estabelece que não há crime nem pena sem prévia cominação legal, ao mesmo tempo está autorizando a existência de um Direito Penal mediante a criação, pelo legislador ordinário, de crimes e penas. (MARINHO; FREITAS, 2014, p. 47).

Além disso, não bastaria ao legislador ordinário conferir proteção penal a bens jurídicos fundamentais. Mister, ainda, que a proteção seja eficiente, com severidade suficiente e necessária para a proteção se consumir com efetividade. Daí porque seriam manifestamente inconstitucionais a fixação de penas inócuas ou excessivamente brandas a fatos cuja gravidade está a exigir maior rigor. Nesse sentido,

Por ser flagrante manifestação de proteção deficiente, é defeso ao legislador, para usar um exemplo extremo, descriminalizar o homicídio ou mesmo diminuir-lhe a sanção penal de tal modo que se torne inócua ou desproporcional, ou de qualquer modo retirar ou minimizar a proteção penal dada a qualquer bem jurídico que se possa incluir entre os fundamentais para a coexistência pacífica em sociedade. De igual modo, ainda que para exemplificar, é vedado ao Presidente da República conceder indulto ou comutação de pena mediante decreto de forma indiscriminada a delinquentes submetidos à privação da liberdade, cuja reinserção social abreviada sem maior critério represente um risco intolerável para a paz social. (MARINHO; FREITAS, 2014, p. 48-49).

Em sentido similar, para Guilherme de Souza Nucci se o crime de furto simples não deve ser punido com pena de 20 a 30 anos de reclusão, por ferir diretamente a proporcionalidade, sob outro prisma, o homicídio jamais poderia ser apenado com simples multa. A deficiência de proteção estatal consagraria a desproporcionalidade em tais hipóteses tais. (NUCCI, 2015, p. 287).

Revela a doutrina, ainda, a existência de critérios amplos e restritos de identificação de mandados de criminalização no texto constitucional. Para os adeptos da primeira vertente, a existência de obrigatoriedade legislativa em direito penal seria identificada ainda que a norma constitucional se valesse de termos amenos, não explícitos, como a expressão “nos termos da lei” ou outra similar. (TURESSI, 2015, p. 163).

Para os adeptos da segunda vertente, de maior aceitação doutrinária, o critério restritivo de identificação dos mandados de criminalização seria impositivo à luz dos princípios da intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade do direito penal. Nesse diapasão, a visão restritiva reclamaria a presença de outros indicativos linguísticos que tornem inequívoca a opção do poder constituinte pelo emprego do direito penal. Nesse sentido, cabe o magistério de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves,

Adotamos a posição restrita, que nega reconhecimento da natureza de mandados de criminalização àquelas menções constitucionais às penas da lei, sem outros elementos que tornem inequívoca a opção pelo instrumental das sanções penais (...) também em função da opção restritiva, excluimos do conceito aquelas normas constitucionais nas quais se comanda uma responsabilização civil ou administrativa, que não poderá ser contraposta à eventual responsabilização penal. (GONÇALVES, 2007, p. 156).

Trata-se de fato da melhor postura. Conforme a doutrina majoritária, tal critério restritivo de identificação dos mandados expressos de criminalização é o único apto a conciliar tais espécies normativas com os princípios constitucionais penais implícitos da intervenção mínima, ofensividade, subsidiariedade e proporcionalidade. (TURESSI, 2015, p. 163). Se o poder constituinte não limitou a esfera de atuação do legislador ordinário, não deve o intérprete fazê-lo, sob pena de grave incompatibilidade não só com os já supracitados princípios essenciais de direito penal, como, também com o princípio da separação de poderes que atribui ao Poder Legislativo a prerrogativa inafastável de escolher o modelo de política criminal (e, conseqüentemente, de tipos penais), mais adequada para fazer frente à realidade social.

Expressões como *às penas da lei* e *sanções previstas em lei*, possuem abertura semântica considerável o suficiente a incutir no legislador um juízo legítimo de conveniência e oportunidade para optar pela área do direito punitivo que se revele como melhor opção para prevenção e repressão de ilicitudes, de acordo com a gravidade, danosidade social e suficiência de outros ramos do direito em seu enfrentamento.

Ademais, não só o texto constitucional serviria de fonte para mandados de criminalização em nível supralegal. Já toma forma doutrina apontando a existência de

fontes legitimadoras de deveres legais de criminalização, também em sede de tratados internacionais de direitos humanos.<sup>7</sup>

Isso porque já há algum tempo vislumbra-se a progressiva importância e força vinculante desses tratados pelas ordens jurídicas internas e internacional, importância essa a lhes reconhecer a natureza jurídica de normas cogentes de envergadura constitucional, ou equiparável a tal (vide a Carta Cidadã de 1988, em seu artigo 5.º, §2.º, entendimento do Supremo Tribunal Federal no bojo do RE 466.343, de 03/12/2008, e a Súmula Vinculante n.º 25).

Dadas as limitações deste trabalho, fiquemos com dois exemplos de tutelas penais alegadamente impostas em nível convencional. Nesse diapasão, autores, tal como Marlon Alberto Weichert, entende que a pauta axiológica de uma Constituição forjada em um Estado Democrático de Direito aponta para a impossibilidade de serem criados ou mantidos obstáculos normativos ou materiais para a investigação e responsabilização de graves violações de direitos humanos por agentes do Estado durante períodos de exceção, como é o caso das chamadas Leis de Anistia, duramente censuradas pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (WEICHERT, 2013, p. 498).

As normas penais anistiantes seriam incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, o princípio republicano e o Estado de Direito, pois direta ou indiretamente refletem tolerância e incentivo à tortura, desaparecimento forçado, violência sexual, execução sumária e outros atos de agentes de Estado contra o cidadão, com consequente, perene e integral desproteção dos basilares direitos fundamentais.

A própria Nações Unidas reconhece como obrigação dos povos civilizados punir autores de crimes contra a humanidade e de guerra, conforme a Resolução n.º

---

<sup>7</sup> Para Ricardo Alves de Lima, quanto à materialização de um direito penal europeu, sendo desnecessária uma formal constituição europeia, e ligando-se à matéria ventilada, nos traz que “Esse sistema necessariamente não precisará de uma Constituição Europeia para sua legitimação, mas sim, deverá ser consubstanciado na ideia que emana de todo o pensamento jurídico-constitucional e do Direito Penal Internacional, pela eleição valores e de bens jurídicos supranacionais. Também, nesta linha KAI AMBOS pela existência de “bens jurídicos e interesses que transcendem os limites do direito penal nacional. Assim, por exemplo, é indiscutível que a comunidade internacional tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais e os direitos humanos reconhecidos no artigo 55.º, c, da Carta da ONU”. (LIMA, 2012, p. 204).

3074, de 1973 (WEICHERT, 2013, p. 507-508). As Convenções internacionais de direitos humanos que desencorajam esta espécie de válvula de escape à punição penal então, trariam em si mandamentos implícitos de criminalização aos delitos de lesa humanidade.

Paulo Pinto de Albuquerque, juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos, revela que a jurisprudência da referida Corte Internacional coaduna-se com o reconhecimento de uma consagrada obrigação internacional dos países civilizados em proibir, criminalizar e punir o trabalho forçado e o tráfico de pessoas para esse fim, conforme artigo 4.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 4.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 25 da Convenção sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT), artigo 9.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 6.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 32 e 36 da Convenção sobre Direitos das Crianças, artigo 7.º, 2 do Estatuto de Roma, artigo 5.º, 3 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, dentre outros. (ALBUQUERQUE, 2019, p. 206-208).

Seria incontornável, portanto, a existência de uma obrigação positiva incumbente aos Estados-partes aderentes aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, em adotar normas de direito penal que tipifiquem as práticas vulneráveis dos direitos objetos da proteção convencional concertada. Não sendo exagero o reconhecimento, na ordem jurídica de países costumeiramente aderentes a tratados internacionais com essa temática, de verdadeiros mandados convencionais de criminalização, expressos ou implícitos.

Contudo, importante realçar, como já antecipado, que nem toda a doutrina concorda com a existência de mandados de criminalização em nível constitucional. Luciano Anderson de Souza, por exemplo, refuta essa construção, argumentando pela sua absoluta contrariedade a princípios primordiais de um direito penal forjado em um Estado Democrático de Direito, donde seria ilógico impor ao legislador justamente a obrigação de penalizar condutas, quando a proteção e reverência do *status libertatis*, em um estado constitucional garantista, indicaria sentido diametralmente oposto, de minimização efetiva do direito penal. O paradoxo seria insuperável, já que o direito

penal é um dos instrumentos mais importantes de garantia de direitos fundamentais. Em suas palavras,

Conquanto, em consonância com o já manifestado alhures, e de acordo com parcela da doutrina nacional, não se adota referido posicionamento. A suposta obrigatoriedade constitucional de criminalização de condutas é absolutamente incompatível com a configuração de um Estado Democrático de Direito, o qual possui, por sua própria essência, a liberdade dos cidadãos como regra e o mais grave meio de cerceamento, que é o regramento penal, como exceção, passível de ser utilizado apenas para coibir os mais graves ataques aos mais caros valores comunitários e tão somente quando outros meios de tutela mostrarem-se ineficazes para tanto. (SOUZA, 2019b, p. 33-34).

Em sentido similar Janaína Conceição Paschoal, nega a existência tanto de mandados expressos como implícitos de criminalização, sob fundamento de que inexistem no texto constitucional a fixação de deveres de criminalizações de condutas, mas tão somente uma possibilidade conferida pela Constituição, a ser analisada pelo legislador dentro de determinado contexto social, assim como a efetiva necessidade e utilidade da tutela. (PASCHOAL, 2003, p. 92).

Para Luiz Regis Prado os mandados de criminalização são admitidos de forma muito estrita e cautelosa na ordem constitucional. Na maioria absoluta dos casos tratados pela doutrina como mandados de criminalização haveria, em verdade, indicativos de criminalização. Apenas um direcionamento constitucional não vinculante, mas sim de incentivo, ao legislador.<sup>8</sup>

O prossegue-se no pensamento do autor, que diante da dimensão sociocultural do bem jurídico, a orientação do processo de criminalização ou descriminalização de condutas subordina-se às regras axiológicas imperantes em cada momento histórico. A idoneidade do bem jurídico guarda adstrição com seu valor social. Há um ponto de vista objetivo, empírico-jurídico, em virtude do qual o legislador possui como fundamento a existência de um momento categorial-axiológico revelador de um juízo positivo quanto à possibilidade de criação do injusto penal. (PRADO, 2019a, p. 90).

<sup>8</sup> Contrariamente, “equivocada a posição de que o mandato expresso de criminalização é uma mera possibilidade (...). Não é possibilidade, é uma obrigação, porque a Constituição fez um juízo de merecimento penal sobre o bem jurídico. No entanto, como dito, essa obrigação não retira a mobilidade do legislador ordinário”. (SILVA; BUGALHO; ARMELIN, 2020, p. 322).

Nesta ordem de ideias, o constituinte teria feito várias indicações criminalizadoras, pontuais e excepcionais, mas sem objetivar o engessamento do legislador infraconstitucional, no estabelecimento da proteção penal constitucionalmente determinada,

Nesse sentido, a imposição ao legislador ordinário pela Constituição de um dever de criminalização de condutas contra determinados bens jurídicos não lhe retira sua liberdade seletiva quanto à necessidade ou não de criminalização – como enfatizado anteriormente - e, sobretudo, quanto à definição de condutas puníveis e as correspondentes sanções penais, de um modo certo e taxativo, em atenção aos princípios penais fundamentais. Dessa forma, não há que se falar em engessamento do legislador infraconstitucional ou, tampouco, em contrariedade aos postulados do Direito Penal mínimo. (PRADO, 2019a, p. 91).

Exceção esta, conforme explica mesmo autor, verificar-se-ia no que diz respeito à tutela penal do meio ambiente. Isso porque, inspirado na previsão do art. 45, parágrafo terceiro, da Constituição Espanhola de 1978, o poder constituinte brasileiro de 1988 produziu determinação constitucional específica e expressa de sanções penais e administrativas àqueles que eventualmente vulnerarem tal bem jurídico (artigo 225, parágrafo terceiro)<sup>9</sup>. (PRADO, 2019c, p. 64).

Mais do que uma declaração formal, a fixação de medidas coercitivas é resultado de um ato de reverência do constituinte, que reconhece a transcendência e fundamentalidade do meio ambiente para a própria viabilidade da existência humana, em suas gerações presentes e futuras, a tornar imperioso o acionamento dos mais graves modelos sancionatórios em reforço à sua proteção como medida indispensável à continuidade da humanidade no planeta. Assim, defende Luiz Regis Prado,

No Brasil, como explicitado, o legislador constitucional erigiu expressamente o ambiente como bem jurídico-penal, eliminando, de modo contundente, qualquer possibilidade de valoração em sentido contrário por parte do legislador ordinário. Vale dizer: o ambiente deve ser objeto de proteção penal. Essa obrigação constitucional de tutela, no dizer da doutrina italiana, não significa o “engessamento” do legislador infraconstitucional no estabelecimento (elaboração e conformação) dessa tutela, visto que detém o labor legislativo. Despicienda ou não, a verdade é que essa previsão constitucional, “impregnada de uma forte vocação pedagógica, não pretende senão

<sup>9</sup>PRADO, Luis Regis. Direito Penal do Ambiente. 7 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2019. p. 64.

ressaltar perante a sociedade a importância do bem e afastar de modo contundente as eventuais dúvidas que pudessem surgir a seu respeito; evidentemente porque o constituinte conhecia que a efetividade social pode ser, nesses bens jurídicos, menor que a que recebem outros mais tradicionais e consolidados”.

Em realidade, na esteira de sua congênere espanhola, com o aludido dispositivo, “a Constituição não faz senão reconhecer a transcendência dos valores meio ambientais para o ser humano, pois quando a tendência é a descriminalização de condutas, impõe-se neste artigo (...) a criação de sanções penais, sendo sua única explicação que o constituinte, consciente da importância de conservar os recursos naturais, quis se assegurar de que o ordenamento contribui com todos seus meios para dita conservação, inclusive com o Direito Penal, em que pese seu caráter de ultima ratio”. (PRADO, 2019c, p. 65).

Será nesta senda, que ao legislador restaria a liberdade de como e quando elaborar o estatuto penal ambiental (tomando-se por consideração esta área de atuação), conformando o tipo de condutas que podem ser consideradas lesivas ao meio ambiente, tendo sempre como paradigma os princípios básicos e essenciais de direito penal. Se deve ou não haver legislação sobre o tema, é uma questão já encerrada positivamente dentro da Lei Maior, não cabendo, neste momento, seu questionamento.

### CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em suma, prevalece, ao menos no atual momento, a posição doutrinária favorável à existência de mandados de criminalização, embora com uma leitura estrita da direção constitucional, não sendo consideradas suficientes para a constatação da existência de um imperativo dessa natureza expressões usuais e abrangentes como *nos termos da lei*. Há, de fato, a exigência de um *plus*, consistente em uma manifestação adicional e objetiva do constituinte, através de outros indicativos de que a proteção de determinado bem jurídico dar-se-á, também e necessariamente, pela via do direito penal.

Dúvidas inexistem para compatibilizar a existência de mandados constitucionais de criminalização com os princípios básicos, fundamentais e, obviamente, constitucionais de direito penal. A Constituição Federal de 1988 nos

direciona para esse sentido.<sup>10</sup> Uma mudança na hermenêutica constitucional divergente é necessária, e esperada, eis que se apresenta ultrapassada e seus elementos passam longe dos anseios constituintes.

Para aqueles que entendem pela positividade da existência desta espécie de ordem constitucional, pesa o significativo incômodo de lidar com a absoluta inexistência de meios jurídicos, constitucionais ou legais, em suprir a ausência de disposições normativas desta natureza, quando o legislador penal se revelar omissos ou moroso em dar concretude às imposições constitucionais, através do manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103 da Constituição Federal.

Entretanto, a ordem constitucional pátria realmente não dispõe de instrumentos de coerção ao poder legislativo para adimplir eventuais obrigações de criar tipos penais, por mais expresso que seja o eventual mandado constitucional de criminalização, e da expressa previsão no § 2.º, do artigo 103 da Constituição Federal, que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Isso porque o instrumento que seria apropriado para o reconhecimento e reversão de inércia legislativa, conforme já citado (Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão), e eventual permissiva de regulamentação provisória pela própria suprema corte, enquanto não efetivada a atividade legislativa, esbarraria de forma intransponível nos princípios da separação de poderes (artigo 2.º, CF/88) e da reserva legal (artigo 5.º,

---

<sup>10</sup> “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não em poucos casos, determina o legislador o exercício de dessa função protetora. Especialmente dispostas no artigo 5.º expressam a vontade do legislador constituinte de oferecer ao legislador ordinário uma diversidade de *elementos* para a proteção de bens que logrou considerar essenciais à proteção jurídico-penal, *v.g.*, o inciso XLI no qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Considerou no inciso XLII “a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão nos termos da lei”. Já No inciso XLIII previu que 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 na lei de crimes hediondos...”. Ainda, considerou no artigo 225, § 3.º que as lesões causadas ao meio ambiente acarretarão sanções penais e administrativas a pessoas físicas e jurídicas, entre outras disposições” (LIMA, 2012, p. 154).

XXXIX, CF/88). Apesar, de vias oblíquas normalmente serem utilizadas pelo STF, e pelos demais órgãos do Poder Judiciário.<sup>11</sup>

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CANOTILHO. José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra. Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR. Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Salvador. Juspodivm, 2008.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ISHIDA. Valter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, Ricardo Alves. Juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. In: *Direito Penal Constitucional: a (des)construção do sistema penal / coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Ricardo Alves. *Transcriminalidade e sistema de direito penal europeu*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

---

<sup>11</sup> “A inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, busca em seu sentido, uma proteção ao próprio esvaziamento do conteúdo da Constituição por falta de manejo legislativo a dar programa aquelas condições por ela ditada. No entanto, o legislador Constituinte brasileiro não logrou definir quais seriam os efeitos que uma decisão de inconstitucionalidade por omissão causaria, deixando sua interpretação aos areópagos pátrios”. (LIMA, 2012, p. 157).

# Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito

Interdisciplinary Boundaries of Law Journal

Nº1 V.2 2020

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de direito penal*. parte geral. 3 ed. São Paulo: RT, 2014.

MARMELSTEIN. George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOURA, Evânio. Mandados de criminalização e proteção jurídica insuficiente no direito penal brasileiro. In. PONTE. Antônio Carlos da; CASTRO. ME; Wellington Clair de. (orgs.) *Mandados de criminalização e novas formas de criminalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

NUCCI. Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4 ed. São Paulo. Forense, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo: RT, 2019.

PASCHOAL. Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PESSOA. Luíza Nívea Dias. Análise sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06 à luz da teoria do bem jurídico. In ANTUNES. Maria João et al. *Direito penal e constituição. Diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal do Ambiente*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019c.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo. Estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

ROXIN. Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO. Daniel. *Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. In. *Direitos humanos e direitos fundamentais. Diálogos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm. 2013.

# Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito

Interdisciplinary Boundaries of Law Journal

Nº1 V.2 2020

SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. *Os princípios da Constituição de 1988*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luciana Caetano da; BUGALHO, Nelson Roberto; ARMELIN, Priscila Kutne; Proteção penal do ambiente. In: *Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal / coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito penal. parte geral*. São Paulo: RT, 2019a.

SOUZA. Luciano Anderson. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2019b.

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