

MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E CRIAÇÃO JUDICIAL DE CRIMES

CONSTITUTIONAL MANDATES FOR CRIMINALIZATION AND JUDICIAL CREATION OF CRIMES.

Marcos Antonio Maciel Saraiva¹

Resumo

O neoconstitucionalismo proporcionou a expansão do direito judiciário, principalmente pelas Cortes Suprema, a partir da transição do Estado legislativo para o constitucional. Quanto à aplicação do direito penal, embora não ganhem espaço na doutrina e na jurisprudência teorias relacionadas à proibição da proteção deficiente, não se pode retirar do legislador a definição das condutas proibidas, em respeito ao princípio constitucional da legalidade. Dessa maneira, embora ao Supremo Tribunal Federal caiba garantir a efetividade das normas constitucionais – inclusive integrando o direito – é necessário balancear a autonomia judicial, o princípio da separação dos Poderes, o respeito ao princípio da legalidade e o próprio desenvolvimento democrático do sistema jurídico.

Palavras-chave

Neoconstitucionalismo. Mandados de criminalização. Criação judicial de crimes.

Abstract

Neoconstitutionalism has facilitated the expansion of judicial law, particularly by the Supreme Courts, stemming from the transition from a legislative to a constitutional state. Regarding the application of criminal law, even though theories related to the prohibition of deficient protection may not find prominence in doctrine and jurisprudence, the definition of prohibited conduct cannot be wrested from the legislator, in adherence to the constitutional principle of legality. Thus, while it is within the purview of the Supreme Federal Court to ensure the effectiveness of constitutional norms – including incorporating law – there is a need to balance judicial autonomy, the principle of separation of powers, respect for the principle of legality, and the democratic development of the legal system.

Keywords

Neoconstitutionalism. Mandates for criminalization. Judicial creation of crimes.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresentará o histórico e o conceito de mandados constitucionais de criminalização, abordando suas particularidades e modalidades, e analisará a aplicação pela Corte Suprema nos julgamentos ocorridos a partir da promulgação da Constituição de 1988. Tem por objetivo verificar se tais normas possibilitaram – de forma válida – a criação judicial de crimes no Brasil.

Em breve histórico, a concepção de Estado legislativo foi aos poucos substituída pela de Estado constitucional, na segunda metade do século passado, sobretudo a partir do advento das constituições europeias do segundo pós-guerra (Constituição da Itália de 1948, Constituição da Alemanha de 1949, Constituição de Portugal de 1976 e Constituição da Espanha de 1978), que muito influenciaram Constituição Federal de 1988.

As constituições contemporâneas, como normas superiores repletas de princípios e valores condicionantes de toda produção e interpretação/aplicação do ordenamento jurídico, retiraram da lei o papel de fonte única do direito. Por consequência, a lei passou a ter com a Constituição uma relação de subordinação (formal e material), submetida à possibilidade constante de ter sua validade contestada perante um tribunal ou órgão judicial especificamente encarregado da fiscalização de sua adequação aos princípios constitucionais que lhe são superiores (CANOTILHO, 2013, p. 502).

¹ Juiz Federal. Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas – FADIC.

Para concretizar o conjunto de princípios, direitos sociais e garantias previstos, além dos já consagrados postulados de liberdade e a segurança, passou-se a demandar não só abstenção estatal, mas atuação positiva.

O neoconstitucionalismo, segundo alguns doutrinadores, representaria o modelo “ótimo” de Estado de direito, apresentando um novo marco institucional, principalmente pelo fato de que a Constituição impõe limites formais e substantivos ao legislador, calcados na garantia dos direitos fundamentais elencados nela, que se constituem em mandamentos negativos ou positivos ao legislador democrático. Em síntese, o neoconstitucionalismo, com a construção do Estado democrático de direito e os princípios inscritos na Constituição, representa uma ruptura com a forma do Estado formal-positivista, implicando a superação do positivismo jurídico por um pós-positivismo principialista, que confere validade substancial ao ordenamento jurídico (DA COSTA LYRA, 2011, p. 29).

Essa forma de configuração pretende manter um esquema rígido da legalidade e de respeito aos direitos e liberdades fundamentais e, ao mesmo tempo, atuar, por considerações axiológicas de justiça, na promoção de pautas sociais, culturais e econômicas.

Em relação ao direito penal, tem-se que o fundamento para a incriminação válida de certas condutas se encontra na Constituição. Assim, o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Carta para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Tem-se, portanto, que uma Constituição rígida e garantista, ao mesmo tempo em que resguarda a liberdade do indivíduo, permite que o legislador ordinário tipifique ataques a bens de análoga dignidade.

Há doutrina que entende, ademais, que a dimensão normativo-social converte o Estado de direito num Estado democrático e social de direito. Assim, ao lado do aspecto normativo-constitucional liberal, ganha acentuada tônica sociodemocrática, em franco abandono a uma postura individual-abstencionista. A ideia social não elidiria nem anularia, todavia, o marco jurídico-penal e a ele daria pleno sentido (PRADO, 2018, p. 83).

Parte da doutrina defende que, num Estado de direito material², deve caber ao direito penal uma função exclusiva de proteção aos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem, cuja violação constitui o crime. Como consequência, se posiciona contra o que chama de “inflação incriminatória”, ligada à concepção política estrita do Estado, à subsistência de um tônus moralizante nos sistemas penais e à crescente complexidade da vida comunitária na sociedade industrial e tecnológica (FIGUEIREDO DIAS, 1982, p. 43).

Da mesma maneira, é favorável ao incremento da natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal, apenas sendo admitida como *ultima ratio* da política social. Por fim, demanda um critério de necessidade social para a intervenção penal, apenas sendo devida a responsabilização quando violados bens jurídicos como interesses socialmente relevantes.

Isso, todavia, não dispensa um momento inicial de pura subsunção formal, justificada pela função de estrita garantia que o princípio da legalidade cumpre no Estado de direito.

Entre as regras técnicas de interpretação se destaca o método problemático ou tópico que, aplicado na seara dos direitos fundamentais, dá especial importância ao princípio *in dubio pro libertate*, referindo-se a uma presunção geral, própria de todo Estado democrático de Direito, em prol da liberdade do cidadão (PRADO, 2018, p. 82).

A necessidade de tutela por meio do direito penal depende da avaliação do legislador, segundo o momento histórico, e das aspirações da coletividade³.

² Diz-se “material” para diferenciá-lo do “formal” em que não haveria necessidade de as leis estarem em conformidade com valores caros à coletividade em dado momento histórico, ou seja, de uma ordem legal análoga à ordem axiológica constitucional (FIGUEIREDO DIAS, 1982, p. 42).

³ Fundamento do terceiro axioma do garantismo penal na construção teórica da estrita legalidade de Luigi Ferrajoli (*nulla lex sine necessitate*).

O legislador constituinte de 1988 fez várias “indicações criminalizadoras”, mas não pretendeu o engessamento do legislador infraconstitucional no estabelecimento (elaboração e conformação) da proteção penal constitucionalmente determinada, como erroneamente se afirma (PRADO, 2018, p. 87).

Tais indicações são os chamados de mandados de criminalização, que serão a seguir estudados, para, em seguida, verificar qual a posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao poder-dever do legislador ordinário em dar cumprimento a eles.

2. CONCEITO DE MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Com a inclusão de extenso rol de direitos individuais e sociais na Constituição de 1988 e o reconhecimento da força normativa de princípios (inclusive implícitos), observou-se a “importação” de novas formas de interpretação constitucional, de modo a dar eficácia àquele conjunto de normas.

Parte da doutrina destaca a jurisprudência dos valores surgida no âmbito do constitucionalismo alemão, que ensejou no Brasil a concepção de uma constituição como ordem de valores e a atuação jurisdicional fundamentada em critérios que estão além dos parâmetros legais (TASSINARI, 2013, p. 76).

Dessa maneira, quando não houvesse resposta direta ao caso concreto na legislação, o julgador realizaria valorações adicionais por meio do uso dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, o que abriria grande espaço criativo, podendo levar ao arbítrio de escolher que norma aplicar. A Constituição de 1988 ampliou os instrumentos de controle de constitucionalidade, deferindo ao STF a competência para também reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, decorrente de mora do Poder Legislativo em cumprir dever de legislar.

Por isso, pode-se falar que a Constituição, em relação ao direito penal, passou a apresentar uma dupla função. À já clássica limitação ao direito de punir⁴ juntaram-se outros dispositivos que constituem mandamentos dirigidos ao legislador ordinário tendentes a criminalizar condutas. Esses dispositivos são os chamados mandados constitucionais de criminalização (de penalização ou de incriminação). Outras constituições contemporâneas, a exemplo de Itália⁵, Alemanha⁶, Áustria⁷,

⁴ São exemplos de limitações aquelas decorrentes: a) do princípio da legalidade, que impede a existência de crime sem que haja lei anterior que a preveja (art. 5º, XXXIX e XL); b) do princípio da responsabilidade pessoal e da intranscendência da pena (art. 5º, XLV); c) da vedação de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis e de morte em tempo de paz (art. 5º, XLVII); d) da inimizabilidade dos menores de dezoito anos (art. 228).

⁵ A Constituição da Itália de 1947 estabelece que:

Art. 28 Os funcionários e os dependentes do Estado e das entidades públicas são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos praticados com violação de direitos. Nesses casos, a responsabilidade civil estende-se ao Estado e às entidades públicas. (https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf - acesso em 14/04/2022).

⁶ Consta da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949:

Art. 26, (1) Os atos suscetíveis de perturbar a coexistência pacífica entre os povos e praticados com essa intenção, em especial os que tenham por objetivo preparar uma guerra de agressão, são anticonstitucionais. Estes atos estão sujeitos às penas da lei. (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> - acesso em 14 de abril de 2022).

⁷ No anexo de leis constitucionais declaradas em vigor na Áustria, se encontram as seguintes disposições:

Tratado Internacional sobre a Restauração de uma Áustria Independente e Democrática ("Boletim de Direito Federal" n.º 152/1955).

Art. 9º Dissolução das organizações nazistas ("Auflosung nazistischer Organisationen")

(...)

2. A Áustria compromete-se a dissolver quaisquer organizações de tipo fascista existentes no seu território, sejam elas políticas, militares ou paramilitares, bem como qualquer outra organização que exerça atividades hostis a qualquer país membro das Nações Unidas ou que tente privar o povo de seus direitos democráticos. 3. A Áustria compromete-se a não permitir, sob pena de sanção penal a acordar imediatamente de acordo com os procedimentos estabelecidos pela

Espanha⁸ e França⁹ veiculam uma série de normas que alargam a incidência do direito penal, com o objetivo de proteger direitos coletivos, cuja tutela se impõe como exigência de justiça material.

Portanto, os deveres de criminalização não são desconhecidos no direito constitucional estrangeiro, mas a lista da Constituição brasileira é de incomum extensão, o que merece destaque, porque promulgada para romper com a prática repressiva de regime autoritário e que, justamente por essa razão, incluiu um extenso elenco de normas limitadoras do sistema penal. Todavia, demonstrou também uma crença inabalável no potencial do direito penal. Considerou-o ferramenta que permite enfrentar problemas tão complexos e díspares entre si como o racismo, o terrorismo, a tutela ambiental, o abuso de menores e a retenção dolosa de salário (DIMOULIS, 2015, p. 96).

Assim, ao lado de disposições que fixam limites ao poder punitivo do Estado, há outras que são “propulsoras” do direito penal, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo é necessário para a consecução dos fins sociais do Estado (LUIZI, 2003, p. 58).

Segundo o autor, “expressam esses tipos de normas constitucionais as instâncias do *Sozialstaats* e fazem com que o Estado exerça uma função ativa, ampliando a área de atuação do direito penal” (LUIZI, 2003, p. 59).

Sobre o histórico nas constituições brasileiras, a Carta de 1937 inaugurou o chamado Estado Novo pelo presidente Getúlio Vargas. Sob o fundamento de atender ao “estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente”¹⁰, previu pena de prisão para os diretores de órgãos de imprensa (art. 122, 15, e) e determinou que a lei cominasse penas graves aos crimes contra a economia popular. Por fim, a lei constitucional n. 1, de 16 de maio de 1938, modificou o art. 122, 13, para determinar a aplicação de pena capital a um rol de crimes que indicou¹¹.

lei austríaca, a existência ou actividade das referidas organizações no território austríaco. Disponível em: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000265>. Acesso em 20/04/2022.

⁸ A Constituição da Espanha de 1978 prevê:

Art. 46 Os poderes públicos garantirão a conservação e promoverão o enriquecimento do património histórico, cultural e artístico dos povos de Espanha e dos bens que o integram, qualquer que seja o seu regime jurídico e a sua titularidade. A lei penal sancionará os atentados contra este património. Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em 14/04/2022.

⁹ A Constituição da França de 1958 dispõe que:

Art. 68º-1 Os membros do governo são penalmente responsáveis por atos praticados no exercício das suas funções e qualificados de crimes ou infrações no momento em que eles foram cometidos. (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf - acesso em 14/04/2022).

¹⁰ Transcrição de trecho do preâmbulo da Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm - acesso em 14 de abril de 2022).

¹¹ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
- b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
- c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
- d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
- e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

Já a Constituição de 1967 foi a primeira a demandar punição do preconceito em razão da raça¹².

Assim, embora não seja recente a teoria que trata dos mandados de incriminação, não se conhecia dissenso na doutrina ou na jurisprudência brasileira sobre a possibilidade de haver tipificação de conduta pelo Poder Judiciário sem que houvesse lei incriminadora.

Ao tratar do tema, o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes aponta que a Constituição de 1988 contém significativo elenco mandados (chamados por ele de mandatos) de criminalização e legitimam a ideia de que o “Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros” (MENDES, 2012, p. 323).

Os referidos mandados, doutrinariamente, são subdivididos em duas espécies: expressos e implícitos.

3. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO EXPRESSOS E IMPLÍCITOS

Os *mandados expressos* agregam ao texto da Constituição dispositivos que estabelecem a necessidade de punir criminalmente determinados comportamentos, impondo ao legislador o dever de tipificá-los.

Na Constituição de 1988, encontram-se os seguintes: a) no art. 5º, XLI (proibição de discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais); XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos), XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático); b) no art. 7º, X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); c) no art. 225, §3º (condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); d) no art. 216, §4º (danos e ameaças ao patrimônio cultural); e) no art. 227, §4º (abuso, violência e exploração sexual da criança ou adolescente) e f) no art. 236, §1º (responsabilidade criminal dos notários).

Embora haja discordância sobre o rol¹³, todos os direitos que expressamente demandam proteção pela lei penal são de grande relevância para a sociedade. Mas não significa serem mais valiosos que outros previstos na Constituição como vida, incolumidade física ou liberdade de locomoção que sem dúvidas serão objeto de tutela criminal pelo legislador.

Dessa situação decorrem os argumentos para a existência de mandados implícitos de criminalização, porque não se justificaria a exigência de proteção, por meio de uma norma penal incriminadora, a direito fundamental se outro, mais valioso, não estivesse igual ou mais bem resguardado.

Os *mandados implícitos*, assim, são aqueles que, embora não estejam expressamente previstos, podem ser extraídos de uma ordem de valores estabelecida na Constituição.

f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;

g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles;

h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror;

i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República;

j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.

(...)

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm - acesso em 14 de abril de 2022).

¹² Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

¹³ Para Renato Vieira, o art. 5º, XLI, e art. 227, § 4º, da Constituição não são mandados de criminalização. Em relação ao último, a expressão “punirá severamente” não é suficiente para que o juízo de interpretação impusesse a tipificação pelo legislador ordinário (VIEIRA, 2011, p. 427).

A existência dessa espécie não é unânime (VIEIRA, 2011, p. 428). A tese contrária é no sentido de que o juízo de necessidade e merecimento da tutela penal decorre eminentemente de interpretação dos valores em jogo, independentemente de norma que expressamente demande a intervenção da tutela penal. Ocorre que o direito penal tem por característica a intervenção mínima (*ultima ratio*), motivo pelo qual não deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos que protege, mas apenas as violações mais relevantes, quando não for suficiente a tutela por outros ramos do direito.

Para os defensores do instituto, este se fundamenta em deveres constitucionais de proteção e na proibição de proteção deficiente ou insuficiente, que demandariam do legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado (MENDES, 2012, p. 325).

Haveria, assim, um dever de proteção imposto ao Estado, apontando que seu cumprimento equivaleria, em direito penal, a um “garantismo positivo” que proibiria o Estado de não criminalizar certas condutas lesivas a direitos fundamentais que, ao contrário do “garantismo negativo” (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade, adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, em que o Estado não pode abrir do direito penal para garantir a tutela de um direito fundamental (RODRIGUES, 2009, p. 39).

Tal doutrina respalda suas conclusões na dogmática alemã, que aponta dois traços do princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. O primeiro é parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, como proibição de intervenção. Já para o segundo, os direitos fundamentais são tidos como imperativos de tutela.

A expressão “proibição da proteção insuficiente” é atribuída a Claus-Whilhem Canaris (VIEIRA, 2011, p. 440). Para o autor alemão, a Constituição apenas proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de proteção, que ele denominou “proibição da insuficiência”, posteriormente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (CANARIS, 2009, p. 60).

O tratamento pelo Tribunal da existência de deveres constitucionais implícitos de criminalização foi feito a partir do julgamento sobre a Quinta Lei de Reforma do Direito Penal, de 18 de junho de 1974, lei esta que tratava de nova regulamentação sobre a criminalização do aborto (MARTINS, 2003, p. 266).

Até então, qualquer hipótese de aborto era criminalizada e exceções como causas excludentes da ilicitude só eram reconhecidas segundo os princípios supra positivos do estado de necessidade e a nova lei passou a permitir a interrupção da gravidez em várias situações¹⁴. A decisão foi tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade (MARTINS, 2005, p. 266-267).

O referido julgado sobre o aborto (*BVerfGE* 39, 1¹⁵) também indicou que o legislador pode cumprir um dever constitucional de tutela de forma diversa da tipificação penal, mas é imprescindível verificar se o conjunto das medidas que se aplicam à proteção da vida intrauterina garantiria proteção efetiva e proporcional ao bem jurídico vida.

Assim, apenas seria lícita a conduta se o aborto fosse necessário para evitar perigo para a vida ou para evitar dano grave à saúde da gestante, estando o legislador livre para avaliar outros ônus extraordinários para esta e, nesse sentido, estabelecer excludentes da ilicitude.

É relevante transcrever o seguinte excerto do julgado (MARTINS, 2006, p. 268-271):

“Em caso extremo, se a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a valer-se de instrumentos do direito penal para a garantia da vida em desenvolvimento.

¹⁴ Provocado pela gestante até o décimo terceiro dia após a concepção ou, pelo médico e com o consentimento daquela, até a décima segunda semana, dentre outras.

¹⁵ A sigla *BVerfGE* se refere ao repertório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Os números que se seguem a essas citações referem-se ao volume e à página inicial da decisão em questão. No caso, *BVerfGE* 39, 1 faz referência à decisão que começa na página 1 do volume 39.

[...]

Pelo princípio da proporcionalidade, característico do Estado de direito, que rege o direito público em geral, inclusive o direito constitucional, o legislador só pode fazer uso desse meio de forma cautelosa e reservada. Entretanto, também essa última medida deve ser utilizada se não for conseguida de outra feita uma efetiva proteção à vida. Isso é o que exige o valor e o significado do bem a ser protegido. Não se trata, destarte, de um dever ‘absoluto’ de penalizar, porém da obrigação ‘relativa’ de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios”.

O tribunal frisou que a dignidade humana já cabe à vida em sua fase intrauterina, não apenas à vida humana após o nascimento ou formação da personalidade.

Outrossim, o tribunal destacou na decisão que a proteção da vida humana é tarefa elementar do Estado e a proibição de insuficiência não permite que se descarte a possibilidade de usar o efeito de proteção que advém do direito penal, porque também cabe a este proteger os fundamentos de um convívio social ordenado.

Não sendo, todavia, o meio primário da proteção jurídica, a sua utilização submete-se ao princípio da proporcionalidade, devendo ser utilizado como *ultima ratio* dessa proteção, quando uma determinada conduta, ultrapassando sua proibição, for especialmente danosa para a sociedade e insuportável para o convívio das pessoas, sendo por isso sua prevenção especialmente urgente.

Para promover uma proteção adequada o Estado deve lançar mão de meios que combinem elementos de proteção preventiva e repressiva, sendo a elaboração e a normatização deste plano tarefa do legislador.

Sobre o papel do legislador, nesse ponto, estaria limitado a estabelecer parâmetros gerais, diretrizes a serem consideradas pelo intérprete, sem privá-lo, todavia, do sopesamento dos elementos do caso concreto e do juízo de equidade.

Fica claro, portanto, que a margem de discricionariedade do aplicador, em particular do magistrado componente de uma Corte Suprema, para decidir a controvérsia.

Para parte da doutrina, o indivíduo pode exigir do Estado a abstenção da prática de determinados comportamentos e também prestações positivas. Dentre essas últimas estariam não apenas prestações fáticas, mas também prestações normativas, a exemplo de proteção por meio de normas de direito penal.

Dentre os direitos a uma prestação, encontra-se a espécie "direitos a proteção", entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado para que este o proteja contra intervenções de terceiros. Podem ter os mais diferentes objetos e também formas de proteção, a exemplo da proteção por meio de normas de Direito Penal (ALEXY, 2015, p. 451). A concepção substancial desses direitos é determinada pelo conceito de dignidade humana.

Luciano Feldens (2005, p. 77), em trabalho sobre o que denomina de “dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais”, entende que a previsão na Carta Magna do princípio da legalidade retira a possibilidade de as normas constitucionais que impõem a criminalização de alguma conduta tenham “eficácia criminalizadora *per se*”.

Em relação à aplicação de normas penais incriminadoras, conforme já se tratou, o indivíduo é livre para agir quando inexistente conduta proscrita. Assim, como decorrência dos desdobramentos do princípio da legalidade, o limite da liberdade do indivíduo é dado pela existência de lei escrita, prévia, estrita e certa.

A ausência de eficácia penalizadora automática, entretanto, não significa que o mandado de penalização tenha nenhuma eficácia, sendo apto a fundamentar, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que revogasse norma anterior incriminadora estabelecida conforme previsão constitucional.

Não há notícia de que houvesse algum caso em que o STF tivesse dispensado a *interpositivo legislatoris* para possibilitar a punição com fundamento exclusivo no texto constitucional, mesmo em se tratando de mandados de criminalização, conforme será tratado em tópico a seguir.

Também na doutrina penal nacional, prevalece o entendimento de que o Tribunal Constitucional não pode suprir a omissão legislativa para criminalizar ou agravar reprimenda.

4. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E OS JULGAMENTOS PELO STF

Utilizando-se a associação das seguintes palavras como critério de busca – “mandato(s)”, “mandado(s)”, “constitucional(nais)”, “criminalização”, “incriminação” e “penalização” –, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal¹⁶.

Foram encontrados onze julgados¹⁷, a seguir tratados.

Primeiramente, a questão dos mandados de criminalização apenas foi tratada *obiter dictum* no julgamento do recurso extraordinário n. 638.491 e na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.112.

No julgamento dos processos de *habeas corpus* n. 102.087, n. 104.410 e n. 96.759, a Segunda Turma, concluiu que a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. Por esse motivo, a Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que tipifica as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acaba sendo a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, porque se tutela a segurança pública (arts. 6º e 144 da Constituição) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo.

Nos julgados em questão, se tratou de forma expressa da adequação do princípio da proporcionalidade, em sua acepção de proibição de proteção deficiente, em relação aos crimes de perigo abstrato.

Quanto ao acórdão do recurso extraordinário n. 638.491, concluiu-se que os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos

¹⁶ A pesquisa foi atualizada até 15/08/2021 e abrangeu os julgamentos pelos órgãos colegiados.

¹⁷ **MI 4733**, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020);

HC 102087, Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENT VOL-02699-01 PP-00001.

ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020.

RE 638491, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017.

RE 971959, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-190 DIVULG 30-07-2020 PUBLIC 31-07-2020.

HC 118533, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016.

RHC 146303, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018.

AP 432, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

HC 104410, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

HC 96759, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012 EMENT VOL-02655-01 PP-00001.

ADI 3112, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

mandados de criminalização previstos pelo poder constituinte originário a exigir atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente.

No julgamento do processo de *habeas corpus* n. 118.533, o Plenário concluiu que o delito de tráfico de drogas em sua forma privilegiada não é hediondo. Assim, ainda que o constituinte tenha avaliado que, de modo geral, as transações ilícitas com drogas são condutas especialmente insidiosas, seria desproporcional concluir que tal sempre ocorresse. Isso porque o mandado de criminalização não exclui a necessidade de adotar uma reação estatal adequada ao injusto.

Em relação ao recurso ordinário em *habeas corpus* n. 146.303, a Segunda Turma decidiu que a defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia é diferente de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa de quem professa fé diferente, sendo o preconceito relacionado à religião integrante do mandado constitucional de criminalização previsto no art. 5º, XLII, e disciplinado pela Lei n. 7.716/89.

Quando do julgamento da ação penal n. 432, os ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes debateram sobre mandados de criminalização, concluindo que a previsão legal de conduta típica não depende da existência de uma determinação específica do constituinte, sendo válidas as normas penais que prevejam crimes que não constem de referência específica no texto constitucional. No caso, se julgava crime cometido por prefeito, previsto no decreto-lei n. 201/67.

Mudança expressiva, todavia, ocorreu com o julgamento conjunto da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão n. 26 e do mandado de injunção n. 4.733.

Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos de homofobia como atentatórios a direitos fundamentais e decidiu enquadrá-los no tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

5. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A compreensão das normas que envolvem o princípio da separação dos poderes é necessária para avaliar a validade da criação judicial do direito e de crimes.

Segundo Montesquieu (1996, p. 167-168), existem, em cada Estado, três compartimentos de repartição do poder: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado cria, modifica ou derroga a leis. Pelo segundo, decide sobre guerra, estabelece relações diplomáticas, trata de questões de segurança contra ameaças internas e externas. Com o terceiro, pune os crimes ou julga as demandas entre indivíduos. Este último, chamou de poder de julgar e o outro, simplesmente, de Poder Executivo do Estado.

Adverte que a reunião do Poder Legislativo ao Poder Executivo em uma única pessoa ou corpo de autoridades, não existe liberdade, pois se pode temer que o monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o magistrado poderia ter a força de um opressor.

Assim, tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de autoridades, nobres ou mesmo do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (Montesquieu, 1996, p. 168).

A tripartição é frequentemente reivindicada com o objetivo de proteger importantes valores do Estado de direito, na medida em que exige o cumprimento das normas jurídicas por todos – particulares e agentes públicos.

Nesse particular, não importa se a autoridade tenha sido escolhida por meio de eleições livres e justas e agora pretenda concretizar as medidas políticas que prometera. Toda a sua atividade deve obedecer aquelas formas processuais e institucionais, sucessivamente. É o que exige o Estado

de Direito e que também é mantido pela Separação de Poderes. O Legislativo, o Judiciário e o Executivo, cada um deve atuar antes que o poder tenha impacto sobre o indivíduo (WALDRON, 2013, p. 459).

Um outro aspecto da separação de poderes é a eficiência no cumprimento da função institucional de cada um. Daniel Epps destaca a precisão nos procedimentos de instrução criminal como um dos benefícios.

Segundo ele, garantir que existam diferentes atores ou instituições com papéis e identidades definidos, pode levar a uma tomada de decisão mais precisa. Tal lógica parece particularmente aplicável à separação de funções entre defensores públicos, promotores e juízes. Entende ser plausível que as habilidades e a mentalidade necessárias para ser um promotor eficaz - ou defensor zeloso - prejudicariam o julgamento imparcial se não houvesse separação com a função de julgador (EPPS, 2021, p. 39).

Assim, a exigência de separação é especialmente importante quando se trata de direito penal, cujas sanções envolvem diretamente garantias de vida e liberdade. Assim, em princípio, exigir que a norma incriminadora seja elaborada pelo Legislativo, cumprida por um autônomo Poder Executivo, e interpretada por um Judiciário independente parece ser meio idôneo para concretizar o Estado de direito (EPPS, 2021, p. 58).

Parte da doutrina, entretanto, pondera que a simples separação do poder estatal entre três grupos funcionalmente diferenciados de instituições - não é suficiente para a boa condução do sistema de justiça criminal (EPPS, 2021, p. 58). Um dos motivos seria a experiência histórica do século XX, em que inúmeros governos tirânicos utilizaram o sistema de justiça criminal como instrumento de opressão.

Alemanha nazista, por exemplo, estabeleceu um Tribunal Popular¹⁸ (*Volksgerichtshof*) que era usado não para implementar justiça imparcial, mas expurgar impiedosamente os inimigos do *Reich*. O Judiciário serviu para várias funções, menos para exercer controle independente sobre o Poder Executivo. O *Führerprinzip*, ou princípio de liderança, por exemplo, exigia que os juízes seguissem as políticas e programas de Hitler (LIPPMAN, 2000, p. 114).

Gray L. Dorsey (1967, p.380) cita que Vyshinsky, o principal teórico jurídico de Stálin, simplificou o repressivo uso da lei, por exemplo: ao tornar a confissão prova suficiente e conclusiva de culpa, qualquer que fosse a forma de obtenção; ao fixar base probabilística para a prova de fatos; ao substituir vontade, consentimento e causalidade por "qualquer conexão em geral" como suficiente para estabelecer relação de cumplicidade e ao estabelecer a confiança no "senso jurídico" do juiz como base para a condenação. Em relação a essa última, o juiz não estava vinculado por disposições da lei, mas se esperava que ensinasse ao povo como deveria se comportar segundo a doutrina comunista.

Os casos são variados em outras autocracias e evitar tais cenários é o mínimo que se poderia esperar a partir da separação dos poderes. Por isso ganha importância a implementação de mecanismos idôneos de freios e contrapesos¹⁹ (*checks and balances*).

Os valores que a separação de poderes deve proteger, dessa maneira, estariam mais resguardados se o exercício da autoridade no sistema de justiça fosse compartilhado e dotado de

¹⁸ Matthew Lippman afirma que, após a absolvição de alguns acusados de incendiar o *Reichstag* em Berlim, o Partido Nazista declarou que o julgamento fora uma farsa que demonstrava a ineficácia do sistema de justiça, produto de "juízes senis". Após o incêndio, Hitler foi capaz de atrair apoio parlamentar suficiente para aprovar a Lei de Habilitação, em março de 1933, que autorizou o governo a desconsiderar as regras constitucionais.

O ditador, em seguida, percebeu que precisava de um aliado judicial confiável para se manter no poder e anunciou, em março de 1934, que um novo tribunal seria criado para julgar os casos de traição, contidos na jurisdição exclusiva da Suprema Corte. Em 24 de abril de 1934, o *Volksgerichtshof*, ou Tribunal Popular, foi estabelecido (2000, p. 105-106).

¹⁹ Carissa Hessick afirma que alguns doutrinadores entendem que freios e contrapesos não se inserem na teoria da separação de poderes, por constituírem uma "invasão" de poderes separados, todavia, para a maioria o termo "separação de poderes" é tratado de forma a abranger ambas as ideias - uma ideia formalista de que diferentes ramos desfrutam de diferentes poderes e uma ideia funcionalista de que os ramos se limitam e se equilibram reciprocamente (HESSICK, 2019, p. 40).

instrumentos eficientes de controle para limitar, reciprocamente, eventuais abusos (EPPS, 2021, p. 58).

Já se destacou ser constitucionalmente vedada a edição de medidas provisórias relativas a direito penal. Caso haja violação dessa regra, tanto o Congresso pode rejeitá-la, quanto o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade, em sede de controle abstrato, e invalidá-la.

Em relação à conduta do Judiciário, todavia, não há mecanismos eficientes de freios e contrapesos, caso haja violação da separação de poderes, principalmente se a extrapolação envolver a previsão em abstrato de crimes.

Por esse motivo, em sua atuação, mesmo o STF, órgão de cúpula, deve se restringir a interpretar e aplicar as normas incriminadoras postas, utilizando-se de instrumentos de autocontenção quando se deparar com casos de integração do direito.

6. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Para Inocêncio Coelho, a aplicação rigorosa do cânone relacionado à autonomia do objeto de conhecimento impediria que os aplicadores do direito atribuíssem às normas sentido diverso, alheio ou diferente, sob o risco de criar outros preceitos distintos daqueles que deveriam interpretar. Assim, e de um ponto de vista estritamente epistemológico, essa postura hermenêutica criativa faria com que o sentido da norma, atribuído pelo aplicador do direito, substituísse a norma objeto da interpretação e o juiz que a editasse “mataria” o legislador. Tal situação se daria, ademais, em frontal ofensa ao princípio da separação dos poderes (MENDES, BRANCO e COELHO, 2002, p. 92).

Conquanto o respeito a esse princípio não enfrente oposição, é cada vez maior, entretanto, o número de entusiastas da criação judicial do direito. Para o constitucionalista, todavia, é possível racionalizar o debate entre essa corrente e aquela que não admite ser o ativismo judicial compatível com o regime democrático.

Quando houver colisão de princípios ou de direitos fundamentais, alguns neoconstitucionalistas entendem que a solução se dá a partir de valorações adequadas, que preservem o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca do interesse que deverá singularmente prevalecer. Essa valoração é discricionária, em maior ou menor grau, e a exigência de que as decisões sejam racional e argumentativamente fundamentadas evitaria que o julgador fosse arbitrário (BARROSO, 2004, p. 6).

Nesse modelo de interpretação constitucional, o problema, a questão tópica a ser resolvida, passa a fornecer elementos para sua solução e a norma, abstratamente prevista, já não desfruta de primazia. Além disso, aumenta-se o potencial criativo do intérprete ao tratar do caso concreto, porque deixa de apenas aplicar norma preexistente, por meio de subsunção, e passa a ponderar sobre princípios.

Isso, todavia, esbarra na dificuldade de hierarquizar direitos fundamentais²⁰, não sendo possível estabelecer, *a priori*, regra abstrata e permanente de preferência de um sobre o outro. Apenas a análise de todo o contexto do conflito permite a ponderação e o encontro de uma solução adequada.

Sobre isso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu acerca do regime de cumprimento da pena previsto Lei de Crimes Hediondos (lei n. 8.072/90) e a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos na Lei de Drogas (lei n. 11.343/2006).

²⁰ A inexistência de hierarquia não implica que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, em uma escala axiológica, deixem de ostentar posição de primazia constitucional, considerando-se como valores superiores. Nesse sentido, ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 53/1985. Fecha-aprobación 11/04/1985. Publicación 18/05/1985 [“BOE” núm. 119].

No primeiro caso²¹, ao tratar, no âmbito de um *habeas corpus*, de situação concreta de conflito entre a garantia constitucional de individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, e o regime criminal mais rigoroso, exigido pelo inciso XLIII do mesmo artigo, em relação aos crimes hediondos, o Tribunal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade na norma do artigo 2º, §1º, da n. 8.072/90, que previa o cumprimento integral da pena em regime fechado.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes destacou que a fixação *in abstracto* de regime prisional, sem permitir a avaliação das particularidades de cada indivíduo, como a capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retiraria qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena, descaracterizando a garantia fundamental.

A exemplo dos ministros Marco Aurélio Mello e Cezar Peluso, também apontou que a Lei dos Crimes Hediondos admitiria o livramento condicional, propiciando o retorno à vida social sem a prévia progressão do regime, que importa reintrodução gradual do condenado na vida em sociedade. Essa incongruência explicitaria a desnecessidade da restrição, ofendendo o princípio da proporcionalidade, em razão da existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais.

Ainda tratando da ponderação, agora com o princípio da isonomia, o ministro Gilmar Mendes entendeu não ser aplicável em toda a sua extensão, porque a própria Constituição distinguiu os crimes hediondos em relação aos demais crimes. Assim, poderia o legislador estabelecer-lhes regramento mais árduo, mas não ao ponto de esvaziar a garantia de individualização da pena.

Em relação ao segundo julgamento²², também houve declaração incidental de inconstitucionalidade, dessa vez em relação ao art. 44 da Lei de Drogas. Esse dispositivo continha impedimento à aplicação de penas restritivas de direitos aos condenados pela prática de alguns dos crimes previstos, a exemplo do tráfico e da associação para o tráfico.

Da mesma maneira, o Tribunal concluiu que a norma violava a garantia constitucional da individualização da pena, que se materializa em três momentos: o legislativo, o judicial e o executivo. Assim, a lei ordinária não poderia subtrair do magistrado o poder-dever de impor ao condenado a sanção criminal a partir da análise de circunstâncias do caso concreto.

A ponderação em concreto envolvia a necessidade de dar tratamento mais severo ao crime de tráfico de drogas, especialmente destacado dos demais na Constituição, mas não ao ponto de retirar do magistrado a discricionariedade de, ao fazer dosimetria da pena, aplicar a pena de privação ou de restrição de liberdade.

Para Robert Alexy (2015, p. 95), se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder, que não importa declaração de invalidade nem que será introduzida uma cláusula de exceção. Assim, a depender do contexto, do caso concreto, um dos princípios terá precedência em face do outro, mas que, sob outras condições a precedência poderia se dar de forma oposta.

Assim nos casos concretos, aos princípios se atribuem pesos diferentes e se define a precedência. No âmbito do Tribunal Constitucional Federal Alemão, pode-se citar decisão de 1973 contida no BVerfGG 34, 238²³, que tratou do uso de gravação fonográfica sem o consentimento de acusado. Tal gravação tinha sido produzida por um casal que celebrara contrato de compra e venda com o acusado que supostamente tentava obter deles vantagem financeira mediante fraude (MARTINS, 2005, p. 195). Ao final, foi dado provimento à reclamação constitucional, concluindo-se que a decisão do tribunal estadual que permitiu o uso da prova violou direito fundamental ao

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 82.959. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Diário de Justiça da União, 1º set. 2006.

²² HC 97256, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220-01 PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333.

²³ A sigla BVerfGE se refere ao repertório oficial de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Os números que se seguem a essas citações referem-se ao volume e à página inicial da decisão em questão. No caso, BVerfGE 34, 238 faz referência à decisão que começa na página 238 do volume 34.

desenvolvimento da personalidade previsto no art. 2, (1), da Lei Fundamental²⁴ (Constituição da República da Alemanha)

No caso, o Tribunal decidiu que nem todo o âmbito da vida privada se encontra sob proteção absoluta do direito fundamental e que o indivíduo, participante e vinculado à comunidade, deve tolerar medidas públicas tomadas no interesse superior da coletividade, sob a estrita observância do mandamento da proporcionalidade, e contanto que não prejudiquem o núcleo intangível da conformação da vida privada.

Os exemplos dados e a estruturação das ideias feita pela doutrina neoconstitucionalista não deixam dúvidas da possibilidade de tratar de demandas cíveis em que a ponderação de princípios faz com que se supere os comandos contidos na lei, para preservar um direito fundamental.

A dúvida surge em relação à possibilidade envolvam ponderação de princípios de modo que o da legalidade penal deixe de prevalecer ao ponto de haver criação judicial de crimes. Disso se tratará no próximo tópico.

7. CRIAÇÃO JUDICIAL DE CRIMES.

O debate envolvendo a validade da criação judicial de crimes se relaciona à compatibilidade desse produto do exercício da jurisdição com o princípio da tripartição de poderes e com o princípio da legalidade.

Segundo Mauro Cappelletti, a expansão do direito legislativo acarretou a paralela expansão do direito judiciário. Para o jurista, isso seria o reconhecimento de que está inserido certo grau de criatividade judicial na interpretação judiciária das normas legais (1993, p. 20).

Afirma ainda que o princípio de sujeição do magistrado à lei, previsto no art. 101²⁵ da Constituição italiana não é elemento imprescindível da “jurisdicionalidade”²⁶ e que a atividade de criar o direito é inerente à jurisdição (1993, p. 25).

Conforme se tratou em capítulo próprio, mesmo a melhor técnica de redação das leis não elimina a possibilidade de haver ambiguidades e incertezas que demandarão a solução judicial.

O verdadeiro problema, pois, não se dá entre os conceitos de interpretação e criação do direito, mas entre o grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais. Existe, assim, um “baluarte extremo”, uma “fronteira de bom senso” na atividade interpretativa, porque as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo (CAPPELLETTI, 1993, p. 26).

Segundo o então *Chief Justice* da Austrália, Garfield Barwick, a mora do parlamento para ajustar a lei onde ela se tornou não meramente arcaica, mas inadequada ou inaceitável aos tempos atuais, permite alguma tolerância da sociedade em relação às decisões de natureza legislativa pela magistratura (1980, p. 240).

Ainda na década de 1980, ele pontuou que se estava diante de um período histórico em que a comunidade, estimulada pelos meios de comunicação, anseia tomar parte diretamente - e da forma mais ampla possível - de todos os processos decisórios que a afetem. Em face disso, a aplicação do direito pelo Poder Judiciário está inelutavelmente sob escrutínio público (BARWICK, 1980, p. 240).

²⁴ Artigo 2, (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 23/04/2022.

²⁵ Art. 101 A justiça é administrada em nome do povo. Os juízes só são sujeitos à lei. (https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf)

²⁶ “Mesmo no nosso ordenamento os juízes ou alguns juízes podem ser investidos do poder de basear suas próprias decisões, mais do que na lei, na equidade ou em outros vagos e praticamente vazios símbolos de valor, e nem por isso deixarão de ser juízes” (CAPPELLETTI, 1993, p. 24).

A Constituição e as normas penais de um país podem apresentar diferentes relações de pertinência, porque, a depender das circunstâncias históricas e políticas, podem estar mais ou menos alinhados.

Quanto maior a divergência, a doutrina assume um papel mais relevante na releitura de certos institutos, adequação de preceitos e a atualização dogmática. Quando a legislação penal não se fez atualizar posteriormente ao surgimento de uma nova ordem constitucional, também a atividade dos tribunais se dá de forma a promover adequação da legislação penal ordinária à Constituição (FACCINI NETO, 2021, p. RB-3.2.).

Enrique Bacigalupo, que exerceu o cargo de magistrado no Tribunal Supremo da Espanha, conclui que, naquele país e em outros da Europa, o princípio da legalidade constitui uma garantia fundamental, mas de difícil aplicação em razão das cobranças da sociedade para que a justiça material prevaleça sobre a segurança jurídica em casos extremos. Segundo ele, a convicção social de que certas ações devem ser sancionadas mesmo que houvesse insuficiente previsão legislativa, frequentemente, serviria para que opinião pública se voltasse contra os tribunais quando adotavam pontos de vista estritos em relação às exigências do princípio da legalidade (BACIGALUPO, 1999, p. 72).

Acrescenta que os próprios tribunais devem exercer um estrito autocontrole que impeça o transbordamento da interpretação das leis penais, principalmente relacionadas às proibições da analogia e da aplicação retroativa da lei. Conclui que, nessa tarefa, o trabalho da teoria do Direito Penal terá, sem dúvida, um valor inestimável, marcando os limites dos textos legais (BACIGALUPO, 1999, p. 73).

Dessa maneira, para a criminalização de uma conduta, não basta o juízo de valor relacionado à proteção de determinado bem jurídico, que configura a perspectiva material da proteção penal. Tal valoração precisa estar acompanhada de uma previsão legal, que dá perspectiva formal à pretensão de criminalização de uma conduta, de acordo com a previsão constitucional do princípio da legalidade penal. Isso, ademais, é exigido pelo sistema de garantias que contabilizam a necessidade de criminalização de condutas para que se permita um eficiente convívio social e a previsibilidade que se espera do Estado, configurada numa forma apta à garantia do indivíduo (DISSENHA; MARTINS, 2020, p. 385).

Não há muita divergência atualmente de que todas as normas da Constituição têm eficácia e comandam a atividade do legislador, inclusive em matéria penal. Parte da doutrina entende que esse comando de legislar inclui a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário e voluntarista. Segundo essa corrente, não há liberdade absoluta de conformação legislativa, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais (STRECK, 2004, p. 310).

Assim, ao se fazer exame de proporcionalidade, o legislador se vincula não só à proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Essa última acepção abriria espaço para o chamado “garantismo positivo” no direito penal, em que se indaga acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais por meio da incriminação de condutas (STRECK, 2004, p. 310).

Não se pode, todavia, utilizar o garantismo no sentido acima, por ir de encontro à maximização da liberdade garantida pela ausência de leis incriminadoras sobre determinada conduta.

O direito anglo-saxão é composto pelo *common law* (direito criado pelos tribunais) e pelo *statute law* (direito legislado). Com relação ao direito penal, ainda que se reconhecesse um resquício das antigas tradições de os tribunais criarem delitos, em 1972, a Câmara dos Lordes rejeitou de forma unânime a existência de um poder residual nas cortes para criar novos delitos ou ampliar os já existentes, afastando a criação analógica de crimes na Grã-Bretanha (ZAFFARONI, 2011, p. 158).

Nos Estados Unidos, também não há qualquer dúvida sobre a aplicação da máxima o *nullum crimen sine lege*. Certo é que alguém que realize um fato não previsto em lei penal incriminadora não será processado, mesmo que se verifique omissão do legislador, que o fato praticado seja muito semelhante a outro proibido criminalmente ou, ainda, que ele seja contrário àquilo que o *common law* entenda como penalmente reprovável (MENDONÇA, 2020a, p. 49).

Carissa Hessick entende que as conclusões do senso comum²⁷ sobre os *common law crimes* está equivocado, porque as leis criminais não os substituíram totalmente. Nos casos em que a codificação os suplantou, muitas vezes falhou ao não acolher as normas relacionadas ao Estado de direito. À míngua disso, esse erro de percepção permanece sendo repetido nos meios acadêmico e forense (HESSICK, 2019, p. 54).

A crítica se aprofunda porque aquelas alegações são perniciosas na medida em que, segundo ela, amparam a ideia de que os juízes não devem ter papel na fixação do conteúdo da lei. A esse respeito, aquelas conclusões reforçam a tendência de os juízes americanos atualmente transferirem, de forma incondicional, decisões no âmbito penal ao Legislativo e à Promotoria. Tal deferência dos juízes aos promotores e a recusa em verificar o excesso legislativo seria uma ameaça muito maior ao Estado de direito do que o exercício de um papel mais ativo na moldagem da lei penal (HESSICK, 2019, p. 55).

Não obstante, a crítica da autora não envolve a criminalização de condutas por meio de decisões judiciais, mas um excessivo apego à letra da lei.

Mesmo em um sistema jurídico que privilegia o papel do Judiciário na criação do direito, não admite a criação judicial de crimes.

8. CONCLUSÃO

A criação judicial de crimes é inaceitável, porque antidemocrática.

Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes, não precisando justificar, dar consistência a suas razões ou articulá-las numa visão constitucional coerente, que abranja todas as suas decisões. O papel dos juízes é fazer exatamente isso, de acordo com o que pensam estar sendo requerido pelos casos, práticas, tradições constitucionais e pelos textos históricos constitucionalmente significativos. O papel do tribunal aqui é parte da publicidade da razão, e um aspecto do papel amplo ou educativo da razão pública (RAWLS, 2000, 287).

Por mais que tais elementos presidam invariavelmente a "descoberta" da decisão e possam, de fato, presidir a criatividade judicial, a fundamentação das decisões demanda sua publicidade, além de imparcialidade e independência dos juízes, requisitos inscritos no princípio estrutural do Estado de Direito. Do contrário, haveria "Estado de não-direito", em síntese, um Estado arbitrário (CUNHA, 2005, p. 538).

Até um Judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, corre o risco de se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática (CAPPELLETTI, 1993, p. 94).

Portanto, em um sistema democrático, é certo que os juízes possuem independência funcional, mas precisam prestar contas de suas decisões à sociedade, o que se faz por meio da fundamentação das decisões.

Assim, a imposição ao legislador ordinário pela Constituição de um dever de criminalização de condutas não lhe retira a prerrogativa de decidir quanto à necessidade de criminalização e, sobretudo, quanto à definição das condutas puníveis e das correspondentes sanções penais, de um modo certo e taxativo, em atenção aos princípios penais fundamentais (PRADO, 2018, p. 88).

9. REFERÊNCIAS

²⁷ "A sabedoria predominante é, como disse o ministro da Suprema Corte Americana Neil Gorsuch durante sua recente audiência de confirmação, de que juízes 'dariam legisladores bem fracos'" (Tradução livre) (HESSICK, 2019, p. 2).

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BARWICK, Garfield. Judiciary Law: Some Observations Thereon. *Current Legal Problems*. v. 33, 239-240, 1980.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DA COSTA LYRA, José Francisco Dias. Direito penal, Constituição e hermenêutica: Pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 91, p. 21-57, jul.-ago. 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito Penal Constitucional: Garantismo na Perspectiva do Pragmatismo Jurídico-Político**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do Caso Ellwanger à criminalização da homofobia: uma comparação da jurisprudência ampliada do Supremo Tribunal Federal no Plano Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 172, p. 383-419, out. 2020.

MENDONÇA, Jorge A. C. A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos common law crimes. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 37-58, out./dez. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p37. Acesso em 15/08/2021.

DORSEY, Gray L. Post-Stalin Soviet Jurisprudence. **International Lawyer (ABA)**, v. 1, n. 3, p. 378-391, abr. 1967.

EPPS, Daniel. Checks and Balances in the Criminal Law. **Vanderbilt Law Review**, v. 1, p. 1-84, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3678206>. Acesso em 28/05/2022.

FACCINI NETO, Orlando. As razões do anacronismo da parte geral do Código Penal. *In*: REALE JÚNIOR, Miguel; ASSIS MOURA, Maria Thereza (org.), **Coleção 80 Anos do Código Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 32-51, 2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal e Estado-de-direito material. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 77-96, jan./jun. 1981.

HESSICK, Carissa Byrne. The Myth of Common Law Crimes. **Virginia Law Review**, v. 105, p. 1-56, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3139831. Acesso em 27/05/2022.

LIPPMAN, Matthew. The White Rose: Judges and Justice in the Third Reich. **Connecticut Journal of International Law**, v. 15, n. 1-2, p. 95-206, Winter-Spring 2000.

LUIZI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, p. 15-45, 2003. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/viewFile/851/373>. Acesso em 20/07/2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?** São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/158_MLF.pdf. Acesso em: 25/07/2022.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIEIRA, Renato Stanzola. Mandados implícitos de criminalização: Da relação entre constituição e direito penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial. **Ciências Penais**, São Paulo, v. 15, p. 419-450, jul./dez. 2011.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, v. 54, n. 2, p. 433-468, 2013.