



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia

*Eric Baracho Dore Fernandes\**

**Resumo:** O objeto deste trabalho diz respeito a um aspecto específico do problema da inconstitucionalidade por omissão na jurisdição constitucional brasileira: os mandados constitucionais de criminalização. A Constituição brasileira de 1988 impôs ao legislador a tipificação de diversas condutas consideradas especialmente reprováveis pelo poder constituinte originário, a exemplos do art. 5º, incisos XLII e XLIII e 7º, X. Quais os efeitos jurídicos dessa imposição constitucional? Eventual inconstitucionalidade por omissão seria sindicável pelo Judiciário? É o que se pretende debater, com especial enfoque para o recente debate acerca da criminalização da homofobia..

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade por omissão, Mandados constitucionais de criminalização, Controle de constitucionalidade.

**Abstract:** This paper broaches one of many problems regarding the unconstitutional omissions in Brazilian Judicial Review: the constitutional warrants of criminalization. Brazil's current Constitution imposes to the Legislative Branch the criminalization of several conducts that were considered specially severe by the Constituent Power, such as the articles 5th, XLII and XLIII and 7th, X. What are the effects of such warrant? An omission regarding such warrants could be corrected by the Judicial Branch? That's what this paper intends to discuss, with emphasis on the recent controversy regarding homophobia.

**Keywords:** Unconstitutional omission, Constitutional warrants of criminalization, Judicial review.

\* Advogado. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor de Direito Constitucional na Universidade Veiga de Almeida desde 2014

## 1. Introdução

O estudo da inconstitucionalidade por omissão ainda é matéria objeto de profundos questionamentos no âmbito do direito constitucional. Não somente a concepção teórica do que efetivamente seja a inconstitucionalidade por omissão, mas também a necessidade de aprimoramento de seus instrumentos típicos de controle ainda justificam que a matéria seja enfrentada por trabalhos específicos<sup>1</sup>, tendo em vista a dificuldade prática em aplicar instrumentos tradicionalmente pensados para a inconstitucionalidade por ação<sup>2</sup>.

A necessidade de contribuir para o aprofundamento do tema parece ainda mais clara diante de algumas hipóteses bastante particulares de inconstitucionalidade por omissão que parecem gerar perplexidades em campos específicos do direito. E, para o que interessa ao objeto deste trabalho, o direito penal. Como se sabe, a Constituição impõe ao legislador *mandados constitucionais de criminalização*<sup>3</sup>, a exemplos do art. 5º, incisos XLII<sup>4</sup> e XLIII<sup>5</sup> e 7º, X<sup>6</sup>. Quais os efeitos jurídicos dessa imposição constitucional? Eventual inconstitucionalidade por omissão seria sindicável pelo Judiciário? Se a resposta for positiva, em que hipóteses?

A complexidade de tais questões ganhou notoriedade no meio jurídico a partir dos debates relativos ao Mandado de Injunção nº 4.733, por meio do qual a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) requereu a criminalização específica de todas as formas de homofobia ou transfobia. O pedido não foi conhecido pelo relator, tendo também o Procurador Geral da República apresentado parecer desfavorável. Interposto agravo regimental em face desta decisão, a questão ainda pende de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. É importante destacar que em relação ao agravo regimental, o Ministério Público Federal modificou o entendimento anteriormente exarado, o que poderá vir a influenciar no julgamento do recurso.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1152 e ss.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 53-54.

<sup>3</sup> Poucas são as pesquisas acadêmicas profundas sobre o tema, sendo possível destacar na experiência comparada a obra da professora Maria Conceição Ferreira da Cunha (CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995) e, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, a pesquisa de Renata Athayde Barbosa a respeito dos mandados constitucionais de criminalização, com especial atenção ao caso do terrorismo (art. 5º, XLIII). BARBOSA, Renata Athayde. *Os mandados constitucionais de criminalização - O paradigma do terrorismo*. Dissertação de mestrado. Mimeo, 2013.

<sup>4</sup> Eis a redação: "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

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

<sup>6</sup> "Art. 7º (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa."

Há, também, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com o mesmo objeto em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

O cenário acima exposto justifica uma reflexão mais aprofundada sobre o tema, discutindo-se o regime jurídico dos mandados constitucionais de criminalização sob a vigência da Constituição de 1988, dando-se especial atenção para a controvérsia atual acerca da criminalização judicial da homofobia.

## **2. Mandado de Injunção e criminalização da homofobia: o Mandado de Injunção nº 4.733.**

Em 10 de maio de 2012, foi distribuído o Mandado de Injunção nº 4.733/DF, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT). Neste Mandado de Injunção coletivo, a associação impetrante pretendia:

“Obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade.”

A Advocacia Geral da União apresentou parecer, sustentando a inexistência de comando constitucional específico que criminalize a homofobia, de modo que a associação impetrante pretenderia instituir um conjunto normativo próprio, violando-se a reserva legal em matéria penal (art. 5º, XXIX da Constituição). O Procurador Geral da República, por sua vez, também opinou em sentido contrário à pretensão do impetrante, acrescentando como argumentos a existência de Projeto de Lei (PJ 122/2006) em tramitação no Congresso Nacional e a existência de tutela penal suficiente para amparar o bem jurídico que se queria proteger (a existência de crimes de lesão corporal, homicídio e crimes contra a honra).

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, acolheu os pareceres da AGU e PGR para considerar não cabível o Mandado de Injunção para a finalidade pretendida, tendo invocado como fundamento mais relevante para tanto a ausência de um mandado de criminalização que constituísse um direito fundamental a ser tutelado pelo remédio constitucional:

“Com efeito, é firme a jurisprudência desta Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do writ injuncional, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal,

que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta.”

Interposto agravo regimental, o Procurador Geral da República modificou o entendimento anteriormente manifestado, a partir dos seguintes fundamentos: (i) omissão inconstitucional que inviabilizaria o exercício de direitos fundamentais à identidade de gênero e liberdade de expressão; (ii) violação ao princípio da igualdade; (iii) possibilidades do Mandado de Injunção enquanto instrumento de diálogos constitucionais; (iv) possibilidade de deferimento do pedido em extensão menos ampla, tão somente para notificar o Congresso Nacional da mora legislativa; (v) a excessiva demora na tramitação do Projeto de Lei sobre o tema; (vi) o cabimento de decisões aditivas em sede de Mandado de Injunção, cujo ônus argumentativo é menor diante da aplicação analógica de legislação já existente (Lei 7.716/1989); (vii) a possibilidade de decisão aditiva que criminalize a homofobia a partir de parâmetros próprios, podendo o Supremo utilizar os critérios do Projeto de Lei ainda em tramitação; (viii) que a existência de um dever específico de atuação pode ser extraída do art. 5º, incisos XLI e XLII; (ix) existência de compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil; e (x) violação do princípio da proporcionalidade por proteção insuficiente.

A mudança de posicionamento do PGR gerou forte reação no meio acadêmico. Em artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, os professores Lênio Streck, Ingo Sarlet, Clèmerson Merlin Clève, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Flávio Pansieri apresentaram forte crítica à tese defendida pelo impetrante e pelo Procurador Geral da República. Os autores defenderam que (i) o art. 5º, XLI não menciona expressamente que a punição de discriminações atentatórias contra os direitos fundamentais se fará por meio de tutela penal, como faria, por exemplo, o art. 5º, XLII; (ii) óbice na legalidade estrita em matéria penal, conforme o art. 5º, XXIX da Constituição; (iii) não havendo mandado constitucional de criminalização da homofobia, o Judiciário estaria se substituindo ao juízo político do Legislativo; (iv) que a tese da proteção insuficiente jamais teria sido usada para fundamentar a criminalização judicial de condutas; (v) a ausência de um direito subjetivo inviabilizado pela omissão; (vi) que os *fins* pretendidos, ainda que nobres, não legitimariam os *meios* pretendidos pela associação impetrante, devendo tal questão ser discutida pelos meios constitucionalmente adequados e sem o comprometimento de outros princípios relevantes (a exemplo do mencionado art. 5º, XXIX)<sup>7</sup>.

Em resposta aos autores acima mencionados, o advogado subscritor do Mandado de Injunção, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, publicou artigo na mesma revista eletrônica. É possível sintetizar os seguintes fundamentos na réplica

---

<sup>7</sup> CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, STRECK, Lênio Luiz; PANSIERI, Flávio. Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 10/09/2014.

apresentada: (i) com fundamento na ideia de Constituição dirigente, há de se superar a concepção segundo a qual é preciso identificar uma norma constitucional de eficácia limitada como parâmetro de controle para o Mandado de Injunção; (ii) que normas de outros ramos do Direito têm sido insuficientes para proteger os direitos fundamentais que se quer tutelar por meio do Mandado de Injunção; (iii) que a teoria da proteção insuficiente seria cabível para criminalizar condutas, mesmo que a doutrina alemã não a tivesse concebido para tal finalidade, tendo em vista um *garantismo penal positivo*; (iv) que a homofobia se enquadraria no art. 5º, XLI e que este inciso indubitavelmente imporá um mandado de criminalização, em razão da a) posição topográfica do inciso XLI e b) da repreensão mais severa que se faria necessária para reprimir crimes motivados pelo discurso do ódio; (v) que as razões do precedente firmado no caso *Ellwanger* permitiriam que se interpretasse extensivamente o conceito de "racismo" do art. 5º, XLII; (vi) que a supremacia da Constituição e sua força normativa justificariam que o Judiciário legislasse atipicamente diante da inércia do poder Legislativo<sup>8</sup>.

As questões controversas existentes no *hard case* em questão giram, basicamente, ao redor de dois eixos centrais: (i) a identificação de um mandado constitucional de criminalização, e (ii) as consequências jurídicas da identificação de um mandado constitucional de criminalização. É o que se pretende discutir a partir das categorias identificadas no capítulo a seguir, sem a pretensão de esgotar o debate quanto ao tema, mas tão somente de contribuir com reflexões capazes de aprofundar as reflexões até então existentes.

### 3. Os mandados constitucionais de criminalização.

Como se sabe, a Constituição impõe ao legislador *mandados constitucionais de criminalização*<sup>9</sup>, a exemplos do art. 5º, incisos XLII<sup>10</sup> e XLIII<sup>11</sup> e 7º, X<sup>12</sup>. Quais os efeitos jurídicos dessa imposição constitucional? Eventual

<sup>8</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Mandado de Injunção e a criminalização de condutas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Acesso em: 10/09/2014.

<sup>9</sup> Poucas são as pesquisas acadêmicas profundas sobre o tema, sendo possível destacar na experiência comparada a obra da professora Maria Conceição Ferreira da Cunha (CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995) e, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, a pesquisa de Renata Athayde Barbosa a respeito dos mandados constitucionais de criminalização, com especial atenção ao caso do terrorismo (art. 5º, XLIII).

<sup>10</sup> Eis a redação: "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

<sup>11</sup> "Art. 5º (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

<sup>12</sup> "Art. 7º (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa."

inconstitucionalidade por omissão seria sindicável pelo Judiciário? Se a resposta for positiva, em que hipóteses? A resposta a tais perguntas constitui um dos temas de maior complexidade no debate sobre a inconstitucionalidade por omissão no Brasil.

Em relação a trabalhos de maior fôlego, parece que o debate mais profundo sobre o tema é a obra da professora portuguesa Maria da Conceição Ferreira da Cunha<sup>13</sup>. Apesar de a Constituição portuguesa de 1976 só prever uma hipótese expressa de mandado constitucional de criminalização (art. 120, nº 3 da referida Constituição), a pesquisa desenvolvida pela autora em referência é capaz de contribuir com elementos teóricos capazes de subsidiar algumas reflexões iniciais sobre o caso brasileiro, cuja Constituição traz um número consideravelmente maior de imposições do gênero.

Primeiramente, a autora distingue a criminalização *legítima* e a criminalização *obrigatória*. Nem toda criminalização *legítima* seria *obrigatória*, na medida em que a tipificação de uma conduta normalmente envolveria um juízo de ampla discricionariedade legislativa para identificar o direito penal como a via mais adequada para a proteção do valor ou bem juridicamente tutelado. Entender em sentido contrário significaria afirmar que o direito penal deveria tutelar todos os valores constitucionalmente previstos. Entretanto, ainda que a criação de determinado tipo penal esteja em conformidade aos limites constitucionais ao poder de punir, a autora aponta que o caráter fragmentário do direito penal – como decorrência da aplicação do princípio (ou postulado) da proporcionalidade<sup>14</sup> – impõe que somente seja punível o comportamento capaz de lesar ou ameaçar de forma mais grave os valores juridicamente protegidos. Assim, em princípio, a Constituição traçaria somente os limites da atividade legislativo-criminalizadora, cabendo ao Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, analisar a conformação da criminalização a tais limites. Em outras palavras, não se poderia confundir o limite *máximo* (criminalização legítima) com o limite *mínimo* (criminalização obrigatória) de intervenção penal<sup>15</sup>.

Não há dúvidas de que a criminalização da homofobia constitui, a princípio, um exemplo de *criminalização legítima*. Outra questão, *muito mais complexa*, é a possibilidade de se reconhecer hipóteses de criminalização obrigatória, derivada de um dever constitucional de proteção. Em outras palavras, se a proteção suficiente de determinado bem ou valor constitucionalmente protegido exige o direito penal como um meio obrigatório para fazê-lo. A questão não é tão simples quanto parece, na medida em que o debate não se restringe aos mandados *expressos* de criminalização. Estaria dentro da liberdade

---

<sup>13</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995.

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição, ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>15</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Op. Cit.*, p. 289-297.

de conformação do legislador a revogação expressa de, por exemplo, todos os crimes previstos pelo Código Penal?

Eis as reflexões da autora a respeito das dificuldades existentes a respeito do tema:

“Mas será esta uma posição de sufragar? Existirá, de facto, um núcleo próprio do Direito Penal, que por essência lhe pertença, podendo-se defender a existência de imposições constitucionais de criminalização em relação a ele? E como determina-lo de forma mais exaustiva? E quais as indicações que a Constituição oferece (se é que oferece) nesse sentido? Por outro lado, qual o papel da evolução histórica – social, cultural e econômica na sua determinação? E quais os eventuais poderes – e sua legitimidade – dos órgãos de controlo da constitucionalidade para a sua definição e imposição ao legislador? No fundo, as várias questões poderão reconduzir-se a esta: dever-se-á defender a existência de valores constitucionais mais essenciais, para cuja protecção se terá, necessariamente, de recorrer ao instrumento de defesa mais forte, sem que tal implique um afastamento das categorias constitucionais da criminalização, nem uma anulação prática do princípio da separação de poderes?”<sup>16</sup>

Para Maria Conceição Ferreira da Cunha, duas seriam as soluções possíveis: (i) a negação das imposições constitucionais de criminalização ou (ii) a sua aceitação a situações limitadas. A primeira solução não parece aplicável a uma Constituição que preveja comandos *expressos* de criminalização, como a Constituição de 1988. Parece, então, que a segunda alternativa seja o caminho mais adequado ao caso brasileiro. Contudo, a existência dos mandados expressos não dispensa questionar se, de fato, há um núcleo mínimo de criminalização constitucionalmente exigível, diante do qual seria possível configurar uma omissão inconstitucional.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha destaca duas dificuldades centrais em relação ao tema. A primeira diz respeito a identificar normas constitucionais que fossem axiologicamente mais relevantes a ponto de justificar a obrigação de tutela penal – questão importante, uma vez que não existe hierarquia formal entre normas constitucionais. A segunda preocupação diz respeito a, uma vez identificada a natureza especialmente relevante de determinada norma constitucional (ou “essencialidade”, nas palavras da autora), determinar a *necessidade* de tutela penal para a sua proteção – tarefa cujo justificação enfrenta ônus argumentativo bem menos acentuado quando fruto do exercício da discricionariedade do Legislativo.

---

<sup>16</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Op. Cit.*, p. 300-301.

Identificar um núcleo de essencialidade constitucional em relação ao qual seja possível exigir uma tutela penal mínima á tarefa que enfrenta obstáculos de natureza jurídica e política, conforme destacado pela autora em referência:

"(...) a dificuldade de individualização dos valores mais essenciais no seio dos próprios valores fundamentais (constitucionais), em sociedades abertas e pluralistas como as actuais e com a própria mutabilidade do grau de essencialidade dos valores; dir-se-á ainda que é ao legislador, enquanto órgão representativo da comunidade, em cada momento histórico, que competirá proceder à escolha dos valores a tutelar penalmente, desde que se mantenha no quadro da Constituição; que só ele poderá também ponderar os vários interesses conflitantes, avaliar a danosidade social das condutas e, principalmente, proceder a todas as comprovações necessárias à afirmação ou negação de carência de tutela penal. Deixar de avaliar todas estas circunstâncias, implicaria o desrespeito pelas categorias constitucionais da dignidade e carência de tutela penal. Permitir que o Tribunal as leve a cabo, em especial no domínio da carência de tutela penal (por exigir particulares avaliações empíricas da realidade) seria substituir o legislador pelo juiz, anulando o princípio da separação de poderes, que postula a reserva de lei penal (...) de fundamento necessário e ideia limite de uma tutela constitucionalmente legítima, passaria a fundamento (...) suficiente e vinculante de um conteúdo mínimo irrenunciável de tutela penal."<sup>17</sup>

Todavia, não se pode negar que ao menos em relação aos mandados *expressos* de criminalização existe uma zona de certeza positiva em relação a necessidade de uma tutela penal mínima pelo Legislador (ainda que os efeitos oriundos dessa imposição sejam discutíveis, conforme se debaterá a seguir). No caso Brasileiro é possível enumerar os seguintes mandados expressos de criminalização, desconsiderando os chamados "crimes de responsabilidade", em relação aos quais há ainda intensa controvérsia acerca do enquadramento como tipos penais:

a) A criminalização do racismo, conforme previsão do art. 5º, XLII: "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*";

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

---

<sup>17</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Op. Cit.*, p. 303-304.



c) Também há previsão do art. 5º, XLIV, no sentido de constituir "*crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*";

d) Tutelando direitos oriundos da relação de trabalho, o art. 7º, X prevê "*proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa*";

e) O revogado art. 192, § 3º previa que "*As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determina*";

f) O art. 227, § 4º da Constituição menciona que "*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*";

g) O art. 5º, XLI prevê que "*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*".

Os dois últimos exemplos não mencionam expressamente que a punição legal será de natureza penal. Portanto, é certo que invocar quaisquer deles para fundamentar a existência de um mandado constitucional de criminalização pressupõe um *ônus argumentativo muito mais elevado*.

Sendo possível identificar um mandado constitucional de criminalização, pergunta-se: há inconstitucionalidade por omissão diante da inexistência de tipo penal específico para tal conduta?

No Brasil, os poucos autores que se debruçam sobre o tema de forma mais profunda normalmente o fazem a partir da ideia de *vedação da proteção insuficiente* enquanto dimensão do princípio da proporcionalidade. Apesar de não ser de emprego comum em nossa tradição, tal vertente do princípio vem sendo mais bem desenvolvida em trabalhos de autores com maior contato com a teoria constitucional alemã, como os professores Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup>, Gilmar Ferreira Mendes<sup>19</sup> e Lênio Luiz Streck<sup>20</sup>. Em síntese, trabalha-se com a ideia de que o princípio da proporcionalidade não só veda o excesso, mas também reforça a dimensão de garantia dos direitos fundamentais.

No que diz respeito a garantia de direitos fundamentais sociais, que normalmente dizem respeito a prestações positivas do Estado capazes de

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Op. Cit, 2009, p. 395-400.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. Cit, p. 227-228.

<sup>20</sup> STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre/RS, v. 32, p. 171-202, 2005; STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"*? Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10/10/2013.

promover a isonomia substancial, a aplicação do teoria encontra amparo doutrinário e jurisprudencial<sup>21</sup>. Em relação ao direito pena, a questão não surge com frequência, embora seja possível encontrar um desenvolvimento embrionário da matéria em alguns acórdãos. Confira-se exemplo paradigmático extraído da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, comentado logo após a transcrição da ementa, a seguir:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens.

---

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)*. Op. Cit, p. 28.

Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes 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. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha direta de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup>BRASIL. STF. *HC 104410 / RS*. Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador: Segunda

No julgamento do Habeas Corpus nº 104.410 o impetrante discutia a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, especificamente quanto ao crime de porte de arma de fogo desmuniada, previsto pela Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Percebe-se que o crime em referência *não é* objeto de mandados constitucionais de criminalização, mas os fundamentos trazidos no acórdão debatem de forma profunda o princípio da proporcionalidade aplicado aos mandados constitucionais de criminalização. De forma sintética, o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes consignou as seguintes diretrizes teóricas: (i) os mandatos constitucionais de criminalização impõem ao legislador a observância do princípio da proporcionalidade tanto como proibição de excesso quanto como proibição de proteção insuficiente; (ii) a conformação do Legislativo conferiria a este poder ampla discricionariedade na elaboração de tipos penais, sujeitando-se ao controle jurisdicional a atividade legislativa que transborde aos limites constitucionais, o que pode ser verificado tanto pelo excesso quanto ausência de tutela penal; (iii) o caso específico dos crimes de perigo abstrato, em discussão, constituiria tutela adequada e necessária para a proteção dos bens jurídicos por eles tutelados (segurança, vida, liberdade e integridade física).

A ideia de vedação da proteção insuficiente como dimensão do princípio da proporcionalidade também surgiu como fundamento de outros casos concretos envolvendo o direito penal e a criminalização de condutas. No julgamento do RE nº 418.376, o impetrante requeria a aplicação analógica do ora vigente art. 107, VII do Código Penal, reconhecendo-se a extinção da punibilidade pelo crime de estupro de criança de nove anos de idade, eis que o réu teria estabelecido união estável com a vítima. No caso em análise, a tese vencedora considerou que a aplicação analógica da referida causa de extinção de punibilidade representaria uma proteção insuficiente ao bem jurídico no caso concreto, especialmente diante da vulnerabilidade específica da vítima. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução

---

Turma. DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.<sup>23</sup>

Acompanhando divergência aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Gilmar Mendes considerou que a analogia invocada pelo réu iria de encontro ao art. 227 da Constituição Federal, que prevê a absoluta proteção à criança e ao adolescente, bem como ao § 4º do mesmo artigo, que dispõe sobre a punição de toda forma de abuso ou exploração sexual a tais indivíduos. Nesse ponto, destacou de forma expressa a vedação da proteção insuficiente como um fundamento aplicável ao caso concreto:

"Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental."

Assim, nos casos em que existe um mandado expresso de criminalização, o Supremo Tribunal Federal vem respondendo de forma positiva a um dos questionamentos formulados no início do trabalho. Enquanto parâmetro de controle de constitucionalidade, um mandado constitucional de criminalização impõe um dever positivo tanto ao Estado-legislador quanto ao Estado-julgador, como se percebe no caso concreto em que não se reconheceu a analogia *in bonam partem* invocada pelo recorrente.

Outro questionamento mais profundo envolve as consequências do reconhecimento de uma omissão legislativa em relação a um mandado constitucional de criminalização. Para tornar a análise mais objetiva, é possível visualizar três hipóteses passíveis de debate: a) ausência de lei que tipifique a conduta constitucionalmente prevista; b) abolição criminis em relação a condutas já previstas em lei; c) lei que reduza penas ou atribua tratamentos mais benéficos a condutas já tipificadas; d) a revogação do próprio mandado constitucional de criminalização.

---

<sup>23</sup> BRASIL. STF. **RE 418376**. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. J. 09/02/2006.

Primeiramente, qual a consequência da *inconstitucionalidade por omissão total* em relação ao mandado constitucional de criminalização?

Parece que, nessa hipótese, não seria possível ao Judiciário, no controle de constitucionalidade por omissão, proferir decisões de natureza concretista ou analógica, por imposição do art. 5º, XXXIX, que prevê que "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*". Eventual decisão que reconheça a inconstitucionalidade por omissão somente seria capaz de declarar a mora do órgão legislador, sem consequências práticas mais relevantes, seja por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou até mesmo por meio de um Mandado de Injunção (cujo cabimento pode ser discutido, tendo em vista que diversos mandados de criminalização constituem direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição). Questão muito similar ocorre no direito tributário, eis que a despeito do não exercício da competência tributária por determinado ente (como no caso sempre lembrado do Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF), a atuação judicial concretista é impedida pelo art. 150, I da Constituição<sup>24</sup>.

É importante apontar, também, que em nenhuma das hipóteses nas quais a ideia de proteção insuficiente foi invocada nos precedentes até então identificáveis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há afirmação de que decisão judicial seja capaz de criminalizar condutas para solucionar o problema.

Por outro lado, seria possível que uma lei posterior revogasse completamente norma penal incriminadora cuja existência derive de um mandado constitucional de criminalização?

A hipótese é um pouco distinta da anterior, na medida em que se passa a poder argumentar que a lei revogadora possa ser inconstitucional por ação. Nesse caso, também seria possível aprofundar o debate com o argumento da *vedação ao retrocesso*. O referido princípio de interpretação constitucional, certamente aplicável a uma Constituição dirigente como a brasileira, importa em contrariar a noção intuitiva de que leis possam revogar leis. Se uma lei caminha em direção contrária ao objetivo da norma programática, esta pode servir de parâmetro de controle de constitucionalidade.

Seria possível sindicá-la, judicialmente, lei que puna de forma excessivamente branda uma conduta objeto do mandado constitucional de criminalização?

Em trabalho de referência sobre o tema, o professor Lênio Streck responde positivamente a tal questionamento. No trabalho mencionado, o autor discute sobre a possibilidade de a Lei 11.340/2006 ter mitigado a resposta penal ao tráfico de drogas, especialmente por meio da previsão do art. 33, § 4º do referido diploma legal, que prevê redução de pena de 1/6 a 2/3 caso "*o agente*

---

<sup>24</sup> FERNANDES, Eric Baracho Dore. O controle jurisdicional das omissões inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, V. 7, n. 38. São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 38 e ss.

*seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*". Eis o que defende o autor:

"É possível afirmar, desse modo, que o legislador, em um sistema constitucional que reconhece efetivamente o dever de proteção do Estado, não está mais livre para decidir se edita determinadas leis ou não. (...) Isto significa afirmar que o legislador ordinário não pode, ao seu bel prazer, optar por meios "alternativos" de punição de crimes ou até mesmo pelo "afrouxamento" da persecução criminal sem maiores explicações, ou seja, sem efetuar prognoses, isto é, a exigência de prognose significa que as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. Não há grau zero para o estabelecimento de criminalizações, descriminalizações, aumentos e atenuações de penas. Para ser mais claro: o comando explícito de criminalização obriga o legislador a explicitar as razões pelas quais promoveu essa drástica redução de pena aos traficantes que ostentem primariedade. (...) Por isso, o legislador ordinário, ao conceder o favor legal de "desconto" da pena com o teto de 2/3, extrapolou sua "competência", a ponto de se poder dizer que tal atitude equivale à desproteção do bem jurídico ofendido pela conduta de quem pratica o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. A determinação constitucional é expressa, não sendo possível – a partir do que vem consagrado no artigo 5º, XLIII – interpretar o contrário do que está disposto no texto constitucional. Trata-se de uma questão de fácil resolução hermenêutica. A força normativa da Constituição não pode ser esvaziada por qualquer lei ordinária. Por isso, há que se levar a sério o texto constitucional. Veja-se que não há similitude no Código Penal. Crimes graves como o roubo nem de longe permitem diminuição de pena no teto de 2/3. Na verdade, o teto de 2/3 de desconto da pena transforma o crime de tráfico ilícito de entorpecentes em crime equiparável ao furto qualificado, para citar apenas este. A propósito, cumpre lembrar que o ordenamento jurídico considera como de menor potencial ofensivo crimes cujas penas máximas não ultrapassam 02 anos de reclusão (...)." <sup>25</sup>

Parece defensável a tese segundo a qual exista um limite mínimo da sanção penal legalmente cominada, sob pena de se esvaziar a normatividade do dispositivo constitucional. Todavia, a solução diante de tal impasse não parece

---

<sup>25</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10/10/2013.

fácil para a jurisdição constitucional. A solução proposta pelo professor Lênio é a seguinte:

“Aplicando a nulidade parcial sem redução de texto, tem-se que determinado dispositivo é inconstitucional se aplicado à hipótese “x”. No caso sob análise: o artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 (§4º.) será inconstitucional se aplicável de forma a possibilitar que ao condenado seja aplicada pena mínima inferior a 03 anos de reclusão. O dispositivo será inconstitucional se a sanção aplicada vier a contrariar o comando constitucional de resposta rigorosa ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, de forma que a defasada pena estabelecida pela legislação anterior à Constituição Federal seja, ainda, abrandada, afrontando, assim, os propósitos constitucionais e os tratados assinados e ratificados com o objetivo de punir de forma mais veemente o crime de tráfico de entorpecentes. Ou seja, o critério, em face da nulidade do parágrafo 4º passa a ser o preceito secundário do art. 12 da lei 6.368/76, que estabelece a pena mínima de 03 anos para o tráfico de entorpecentes. Isto é, se a lei anterior estabelecia a pena mínima de 03 anos e não concedia “desconto” de pena pela qualidade pessoal do acusado (primariedade), a nova lei não poderá ser aplicada em patamar que diminua a repressão a patamares abaixo da pena mínima anterior.”<sup>26</sup>

Apesar da precisão da proposta do ponto de vista das técnicas específicas de controle da constitucionalidade, não se pode negar que a proposta do professor Lênio abre um precedente perigoso de discricionariedade judicial na delimitação de preceitos secundários de tipos penais, substituindo-se a liberdade de conformação do legislador por critérios judiciais de delimitações de escalas penais. Todavia não se pode ignorar que poucos são os debates profundos a respeito do tema no Brasil, sendo esta uma proposta relevante para o aprimoramento do problema em discussão, trazendo um critério que busca trabalhar com categorias familiares à tradição constitucional brasileira.

Por fim, pergunta-se: seria possível a revogação do próprio mandato constitucional de criminalização, por meio de emenda à Constituição?

Primeiramente, devem-se observar as limitações materiais ao poder de reforma. Como o art. 60, § 4º, IV da Constituição prevê que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*”, deve-se questionar a natureza dos mandados constitucionais de criminalização. Topograficamente, a maioria deles encontra-se no Título II da Constituição, como é o caso do art. 5º, incisos XLII e XLIII. Outros podem ser encontrados fora do catálogo expresso de direitos fundamentais, como o caso do art. 227, § 4º da Constituição.

---

<sup>26</sup> Idem, p. 22.



Os caminhos possíveis são:

(i) *considerar que todos os mandados constitucionais de criminalização são cláusulas pétreas, por serem normas definidoras de direito e, portanto, abrangidas pela interpretação extensiva feita pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao art. 60, § 4º da Constituição.*

Parece um caminho possível, considerando que o Supremo Tribunal Federal entende que na expressão "direitos e garantias individuais" devem-se entender abrangidas todas as normas materialmente fundamentais contidas no texto, a exemplo das limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150)<sup>27</sup>. Contudo, surge um primeiro obstáculo. Já ocorreu a revogação de, ao menos, um mandado constitucional de criminalização: o art. 192, § 3º, que previa que "*As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar*".

(ii) *considerar como cláusulas pétreas tão somente os mandados constitucionais de criminalização previstos no Título II da Constituição.*

Tal opção parece adotar um caminho mais seguro na limitação de quais mandados estariam abrangidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV. A partir desta concepção também seria possível reconhecer a constitucionalidade da revogação do antigo § 3º do art. 192. Todavia, a opção por este caminho ou pelo anterior implica em, necessariamente, debater o critério de fundamentalidade material a ser utilizado para definir se o dispositivo em questão é ou não cláusula pétrea. Afinal, não há qualquer controvérsia a respeito da interpretação extensiva que se deve realizar quanto ao alcance do art. 60, § 4º, IV da Constituição. Simplesmente ignorar o debate é, além de casuístico, precedente perigoso para a eficácia dos direitos fundamentais, especialmente aqueles não previstos no Título II da Carta.

(iii) *considerar que nenhum mandado constitucional de criminalização constitua cláusula pétrea, eis que, em verdade, constituem limitações ao direito, na medida em que impõe uma expansão da tutela penal sobre a liberdade individual dos sujeitos que pratiquem as condutas objetos dos referidos mandados.*

Parece que esta é a opção cujo ônus argumentativo é mais elevado. A primeira razão é que esta opção contraria a redação literal do texto constitucional, ao menos no que diz respeito aos mandados contidos no art. 5º, dispositivo expressamente abrangido pelo art. 60, § 4º, IV. Em segundo lugar, existe debate acadêmico sério acerca da natureza (materialmente) fundamental dos mandados de criminalização, o que se verifica especialmente a partir dos

---

<sup>27</sup> BRASIL. STF. ADI nº 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18/03/1994.

escritos do professor Lênio Streck, que menciona o atual estágio do debate na experiência constitucional comparada:

“Dito de outro modo, como muito bem assinala Roxin, comentando as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social, em Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmedurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: a) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; b) e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo. Tem-se, assim, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção.”<sup>28</sup>

Não é o objetivo deste trabalho defender, em absoluto, uma ou outra concepção do direito penal, seja enquanto unicamente instrumento de limitação do poder punitivo estatal ou também enquanto garantia fundamental dos direitos por ele tutelados. Contudo, o debate existe e não pode ser ignorado, parecendo seguro dizer que ao menos em relação aos mandados constitucionais de criminalização *expressos* a segunda dimensão parece mais adequada.

Por fim, uma vez revogados os mandados constitucionais de criminalização, pergunta-se: estariam implicitamente não recepcionadas as leis infraconstitucionais que instituíram o tipo penal? A resposta parece simples, sendo possível invocar a diferenciação feita pela professora Maria da Conceição Ferreira da Cunha sobre as hipóteses de criminalização *legítima* e *obrigatória*. Ainda que deixasse de ser obrigatória, a tipificação ainda seria legítima, salvo se o constituinte derivado expressamente retirasse tal conduta da esfera de discricionariedade normativa do legislador ordinário.

---

<sup>28</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10/10/2013, p. 4.

#### IV. Conclusões.

O controle da inconstitucionalidade por omissão é matéria que ainda carece de desenvolvimento adequado em relação a vários aspectos teóricos e práticos na experiência constitucional brasileira. Para o presente trabalho, um desses aspectos foi delimitado e debatido: o caso dos mandados constitucionais de criminalização, com especial enfoque para a incriminação da homofobia.

Algumas diretrizes iniciais nortearam o debate proposto acerca de tais normas. Quais os efeitos jurídicos de tais imposições constitucionais? Eventual inconstitucionalidade por omissão seria sindicável pelo Judiciário? Se a resposta for positiva, em que hipóteses? As respostas apresentadas a seguir não se pretendem peremptórias ou definitivas quanto ao tema, mas apresentar de forma sistemática as principais reflexões existentes quanto aos mandados, ainda pouco trabalhados em nossa tradição constitucional.

A liberdade de conformação do legislador na criação de tipos penais sujeita-se a limite *máximo* (criminalização legítima) com o limite *mínimo* (criminalização obrigatória) de intervenção penal, conforme se pode depreender da coexistência, na Constituição de 1988, de limitações constitucionais ao poder de punir estatal (a exemplo dos princípios da legalidade e irretroatividade) e mandados constitucionais de criminalização. Não há dúvida de que a criminalização da homofobia seja exemplo de criminalização legítima, embora o ônus argumentativo para afirmar que exista criminalização obrigatória ainda pareça demasiadamente elevado para o intérprete.

A partir de tal dicotomia, tem se desenvolvido no Brasil a ideia de que a garantia das normas constitucionais definidoras de direito fundamental deve ser analisada de acordo com o princípio da proporcionalidade, que atua tanto como limitação do excesso quanto vedação da proteção insuficiente. Assim, parece adequado dizer que ignorar que os mandados constitucionais de criminalização possam servir de parâmetro de controle de constitucionalidade por omissão

implicaria em negar-lhes normatividade e desamparar os bens jurídicos protegidos pela imposição criminalizadora.

Reconhecida a força normativa de tais normas, deve-se debater as possíveis consequências do reconhecimento de eventual inconstitucionalidade por omissão e efeitos de eventual decisão judicial:

a) No caso de ausência de lei que tipifique a conduta constitucionalmente prevista, parece não haver solução fácil do ponto de vista da jurisdição constitucional, eis que a legalidade penal (art. 5º, XXIX) apresenta obstáculo intransponível para decisões de natureza concretista;

b) Em relação a *abolitio criminis* de condutas já previstas em lei, parece que o debate sobre vedação ao retrocesso e a utilização de normas programáticas enquanto parâmetro de controle de constitucionalidade por ação podem apresentar soluções satisfatórias;

c) No caso de lei que reduza penas ou atribua tratamentos mais benéficos a condutas já tipificadas, parece razoável presumir que exista um limite a discricionariedade do legislador, embora as soluções propostas pela doutrina para a atuação judicial impliquem em uma perigosa substituição da conformação do legislador por critérios de discricionariedade judicial na delimitação de escalas penais;

d) Por fim, a hipótese de revogação do próprio mandato constitucional de criminalização é debate que depende diretamente da delimitação de tais normas como abrangidas ou pelas cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV da Constituição.

Pelo exposto, parece que a dificuldade em se identificar um mandato constitucional de criminalização específico para a homofobia impede um aprofundamento maior quanto às consequências do reconhecimento de eventual inconstitucionalidade por omissão. Ainda que se reconheça a existência de tal imposição, parece que a única forma de tutela constitucionalmente adequada

pela jurisdição constitucional encontrar-se-ia na notificação do Congresso Nacional para constituir o órgão legislativo em mora, uma vez que escapa ao Judiciário a competência para proferir decisões concretistas para suprir lacunas relativas a normas penais incriminadoras.

## V. Referências bibliográficas.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição, ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Renata Athayde. *Os mandados constitucionais de criminalização - O paradigma do terrorismo*. Mimeo, 2013.

CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, STRECK, vLenio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 10/09/2014.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle. Contribuições para o aprimoramento institucional*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF. Mimeo, 2013.

\_\_\_\_\_. O controle jurisdicional das omissões inconstitucionais no Direito Financeiro e Tributário. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, V. 7, n. 38. São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 38 e ss.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional (2002-2010)*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 17ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado 2009.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre/RS, v. 32, p. 171-202, 2005;

\_\_\_\_\_. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10/10/2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Mandado de Injunção e a criminalização de condutas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Acesso em: 10/09/2014.

## **Legislação, Jurisprudência e Documentos**

BRASIL. STF. *ADI nº 939-DF*, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18/03/1994.

\_\_\_\_\_. *HC 104410/RS*. Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

\_\_\_\_\_. *RE 418376*. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Rel. para o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. J. 09/02/2006.

\_\_\_\_\_. *MI 4.733*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pendente de julgamento.

*Artigo recebido em 15 de outubro de 2014.  
Artigo aprovado para publicação em 10 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.15