Trabalho revisado em 05.05.2013

BREVE ARGUMENTO SOBRE A (MAIS QUE) NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL
TITLE: BRIEF ARGUMENT ON (MORE THAN) REQUIRED CONSTITUTIONALIZATION CRIMINAL LAW

SILVA JÚNIOR, Nelmon J.[1]

RESUMO

Ensaio sobre a necessária constitucionalização do direito penal, buscando, mediante o implemento de política integral de proteção dos direitos, o atingimento do Direito Social Máximo, apesar de reticente rejeição desta (supra)tese. Breve análise sobre função do direito penal como sistema garantidor constitucional, onde combate excessos cometidos pelo Estado (Übermassverbot – garantismo negativo), e também protege a atuação deficitária do Estado (Untermassverbot – garantismo positivo), tendo por fim o resguardo do Estado Democrático Social de Direito.
PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização. Direito penal. Política integral de proteção dos direito. Direito Social Máximo.Garantidor constitucional. Excessos. Estado. Übermassverbot. Proteção deficitária. Untermassverbot. Estado. Democrático. Social. de Direito.

ABSTRACT

Essay on the necessary constitutionalization of criminal law, seeking, through the implement comprehensive policy for the protection of rights, the achievement of social law Max, although reticent rejection of this (above) thesis. Brief analysis on the basis of criminal law as constitutional guarantor system where combat excesses committed by the state (Übermassverbot - garantismo negative), and also protects the performance deficit of the State (Untermassverbot - garantismo positive), and finally the guard of the Democratic State Social right.
KEYWORDS: Constitutionalization. Criminal law. Comprehensive policy for the protection of rights. Social Máximo.Garantidor constitutional right. Excesses. State. Übermassverbot. Protection deficit. Untermassverbot. State. Democratic. Social. Law.

Sobre a (mais que) necessária constitucionalização do direito penal, faço minhas as palavras de Lenio Streck ao citar Paulo Ferreira da Cunha: *não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante.*

Prossegue lecionando: *A simples positivação de tais valores indica se não a imposição de*

1. Estudioso do Direito (Processual) Penal. Mantenedor de Blog Científico (http://ensaiosjuridicos.wordpress.com). Membro do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC; do Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA; da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM; da Associação dos Advogados Criminalistas do Paraná – APACRIMI. Membro fundador e Conselheiro Jurídico da Associação Industrial e Comercial de Fogos de Artifícios do Paraná/PR – AINCOFAPAR. Contribuidor das mídias Arcos Informações Jurídicas (www.arcos.org.br); Conteúdo Jurídico (www.conteudojuridico.com.br); e do Portal de Artigos Científicos (http://artigocientifico.uol.com.br). Autor dos livros científicos FOGOS DE ARTIFÍCIO E A LEI PENAL e COLETÂNEAS, além dos livros literários NOFRETETE, COPO TRINCADO e VALHALA.

proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarida de tais bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica que, em alguma medida, haverá de ser penal. Prossegue: *em pleno modelo formal de Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira de 1988 ainda é vista como uma "mera carta de intenções. Parece razoável afirmar, desse modo, que os juristas brasileiros não podem continuar a calcar sua atuação – no plano da construção do conhecimento jurídico (doutrina e jurisprudência) - em modelos de Estado e de Direito ultrapassados pela evolução histórica.*

Nos países modernamente socializados, a constitucionalização normativa (processual) penal já resta ultrapassada, sendo que o direito penal continua sendo o instrumento de combate/repressão aos crimes, porém, dá-se maior ênfase ao combate dos crimes que lesionam os bens jurídicos sociais. Não significa dizer que – siologicamente - ao seu povo é permitido roubar, por exemplo. Na busca do Estado Democrático Social de Direito, mediante o implemento de *política integral de proteção dos direitos* (segundo doutrina Alessandro Baratta), o sistema garantista é ferramenta necessária, revelando-se sob duas formas distintas: visando combater o eventuais excessos cometidos pelo Estado (*Übermassverbot* – garantismo negativo), e noutro viés, atuando contrariamente à proteção deficitária do Estado (*Untermassverbot* – garantismo positivo).

No mesmo sentido, o dizer de João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, nesta quadra da história, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. - Streck apud Machado.

Presumo novidade aqui não haver, senão vejamos doutrina de Roxin: *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 desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo.* - Streck apud Roxin. Inquestionável, que em países socialmente evoluídos, são estas as duas faces adotadas pelo direito penal: Estado de Direito (protetor e libertário das garantias individuais), e Estado Social (preservador do interesse social).

A Constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social) também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que o princípio da proporcionalidade (Übermassverbot e Untermassverbot). Dito de outro modo, o modelo de Estado Democrático de Direito implica a sujeição do político ao jurídico. As Constituições assumem um papel compromissário e dirigente. A liberdade de conformação legislativa fica sobremodo restringida, porque vinculada também materialmente ao texto constitucional. - Apud Streck, com o qual comungo no entendimento quanto à sujeição do político ao jurídico.

Diferença - ontológica e etimológica - há entre texto e norma. Vários Institutos do Direito Penal mantém o mesmo texto, porém o sentido dado à sua norma vem sofrendo alterações ao longo dos anos. Resta-me claro que a aplicação do princípio da proporcionalidade é o eficaz critério de controle de constitucionalidade, portanto, legítimo para a necessária constitucionalização do direito (processual) penal.

Quanto à necessária reinterpretação hermenêutica da norma face ao conjunto normativo Constitucional, novamente socorro-me das lições de Lenio Streck (apoiado na sólida doutrina de Hans-George Gadamer – do dever-ser no ser), ao afirmar que: *sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma, que é produto de uma atribuição de sentido - Sinngebung válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (Vorverständnis). A ausência de uma adequada pré-compreensão (Vorverständnis) impede o acontecer (Ereignen) do sentido.*

Apenas por prazer ao bom argumento, o Sistema Garantista (na doutrina de Raúl Eugênio Zaffaroni, sistema é o *controle social punitivo institucionalizado)* vislumbra o atingimento de um *Direito Penal Mínimo em face do atingimento do Direito Social Máximo*. Julgo, portanto, legítima a defesa desta (supra)tese, apesar da reticente rejeição - por omissão[2] - por muitos de nossos juristas. Sem vaidosa pretensão quanto ao convencimento alheio, concluo que citada rejeição deve-se ao fato

---

2 Por exemplo, no exercício do direito fundamental ao contraditório, deve-se ter as as razões argumentativas consideradas *(Recht auf Berücksichtigung).* Nesse sentido vale citar o argumento do Ministro Gilmar Mendes quando asseverou que **"o dever do magistrado de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento ("Kenntnisnahhmeplicht"), mas também a de considerar, séria e detidamente as razões apresentadas ("Erwägungsplicht"). Mas no que consiste tal consideração preconizada pelo magistrado? Implica reconhecer que estas razões estão localizadas no tempo, espaço e cultura historicamente determinados, e é preciso desvendá-las nestas ambiências."** - Mandado de Segurança n. 24.268/MG, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 05 fev. 2004. DJ 17-09-2004 PP-00053, EMENT VOL-02164-01 PP- 00154, RDDP n. 23, 2005, p. 133-151, RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

de que o modelo de política criminal, apresentado sob forma de sistema penal, evoluiu ao ponto de ultrapassar as fronteiras funcionais do Judiciário, restringindo (parcialmente) as atividades Executivas e Legislativas, como acima afirmado.

Desnecessário pois, sustentar maiores argumentos justificantes ao fato. Relembro aqui a conclusiva doutrina de Modesto Saavedra López: *La ley y las demás fuentes convencionalmente establecidas se les imponen como dogmas incuestionables, y su misión profesional les obliga a actuar como portavoces de un mensaje originado en otro lugar, en la sede en la que legítimamente reside la potestad para tomar decisiones jurídicas de alcance general en representación de la soberanía popular.*