

# A CONSTITUIÇÃO COMO DELIMITADORA DO PODER PUNITIVO ESTATAL

*Fernanda Nascimento dos Santos*<sup>1</sup>  
*Iago Barbosa Silva Araújo*<sup>2</sup>  
*Luciano de Almeida Maracajá*<sup>3</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa baseia-se no pressuposto de que pelo fato do Direito penal tutelar os bens jurídicos considerados mais importantes socialmente essa é a seara do Direito mais afetada pelas rupturas constitucionais. Nessa perspectiva, salienta-se que o conceito de “mais importante” se adequa aos valores constitucionais de cada Carta Política, de modo que as rupturas constitucionais alteram o que vem a ser considerados como bens jurídicos “mais importantes”. De tal modo, existem condutas que vão sendo descriminalizadas (ex.: o antigo crime de bigamia) ou criminalizadas, de acordo com o contexto constitucional vivenciado. Seguindo a perspectiva do que já se foi exposto, o presente estudo tem como problemática de pesquisa responder de que modo a Carta Magna determina o direito penal? Para responder ao citado

- 
- 1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Monitora do componente curricular Direito Penal III. Extensionista bolsista do projeto de extensão “Penalize-se: o direito penal material e processual em tela”. E-mail: fernanda.nascimento@aluno.uepb.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2206490521605857>
  - 2 Graduando em direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Monitor do componente curricular Direito Penal III. Aluno-bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq/UEPB) com o projeto “A pena de multa nos moldes da legislação brasileira em confronto com o princípio da intervenção mínima”. E-mail: iago.araujo@aluno.uepb.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1267692688423600>
  - 3 Professor Efetivo do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Doutor em ciências jurídico-penais pela Universidade de Coimbra - Portugal. 5º Procurador de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado da Paraíba. E-mail: luciano.maracaja@servidor.uepb.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6504360662146533>

questionamento, utilizou-se como tipo de pesquisa a bibliográfica, tendo como principais bases teóricas os doutrinadores Cezar Bitencourt, Claus Roxin, Nelson Hungria. No que se refere à estrutura da pesquisa em questão, preliminarmente, será abordado acerca da forma como se dá, no direito brasileiro, a criminalização de condutas, dando ênfase ao caráter fragmentário do direito penal. Posteriormente, será dissertado a respeito da interdependente evolução história das constituições brasileiras e dos bens jurídicos protegidos, ressaltando a histórica instabilidade constitucional desse Estado Nação e abordando acerca do modo como a mudança no paradigma constitucional, altera quais os bens jurídicos são considerados mais importantes, e por consequência tutelados pelo direito penal. Por fim, abordara-se, como com o advento do constitucionalismo a constituição passou a determinar de forma mais incisiva o direito penal. Destarte, conclui-se que a constituição já traz no bojo do seu texto os mandados de criminalização, determinando de forma incisiva quais são os bens jurídicos considerados mais importantes, que fomentam a atuação da última trincheira/ratio do Ordenamento Jurídico Pátrio.

**Palavras-chave:** Bens jurídicos, Rupturas constitucionais, Poder punitivo estatal, Fragmentariedade.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo, intitulado “A Constituição como delimitadora do poder punitivo estatal” busca responder a seguinte pergunta de pesquisa “de que modo a Carta Magna influencia e determina o direito penal no contexto jurídico brasileiro?” A referida problemática central, que norteia este estudo reside, então, na indagação sobre como a Constituição Federal de 1988 estabelece os contornos e as diretrizes para o sistema penal. Para responder a essa questão, adotou-se a abordagem bibliográfica como método de pesquisa, tendo como fundamentos teóricos os ensinamentos de renomados doutrinadores, destacando-se Cezar Bitencourt, Claus Roxin e Nelson Hungria.

Em relação a estrutura topográfica do presente artigo, tem-se que o primeiro ponto trata acerca da caracterização da criminalização de condutas no direito brasileiro, com ênfase na natureza fragmentária do direito penal. A discussão sobre como determinadas condutas são tipificadas como crimes revela-se crucial para compreender a relação entre a norma penal e a realidade social.

Em seguida, trata-se acerca da interdependência entre a evolução histórica das constituições brasileiras e a proteção dos bens jurídicos. Destaca-se a instabilidade constitucional ao longo da história do Estado Nacional, ressaltando como as mudanças paradigmáticas nas constituições influenciam a definição dos bens jurídicos mais relevantes, e, conseqüentemente, a atuação do direito penal.

Doravante, o presente estudo conclui que a Carta Magna não apenas influencia, mas determina de forma substancial o direito penal no Brasil, incorporando em seu texto os princípios e mandados que delineiam os limites e as prioridades da atuação do sistema penal, representando a última fronteira de proteção dos valores fundamentais na ordem jurídica nacional.

## METODOLOGIA

Para a realização da pesquisa em questão utilizou-se dos seguintes métodos científicos: o indutivo e o observacional. O indutivo “parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares” (Gil, 2008, p. 10). Sendo assim, parte-se do estudo da forma como se dá, no direito brasileiro, a criminalização de condutas para se chegar à conclusão do modo como a Constituição delimita o poder punitivo estatal. E o método observacional porque serve de base para toda e qualquer pesquisa.

Quanto aos fins, a pesquisa será exploratória, pois tem como objetivo entender e construir hipóteses acerca da peculiar forma como a Constituição, em

especial, após o neoconstitucionalismo, determina o direito penal. Assim, tendo em vista que se trata de uma pesquisa exploratória, utilizara-se da pesquisa bibliográfica para tornar o problema de pesquisa mais explícito e entendê-lo. Em relação aos meios, a pesquisa será bibliográfica, porque será utilizado de livros, artigos e teses e trabalhos para a realização da presente pesquisa.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

### O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS

A princípio, urge tratar acerca da função do direito penal, de acordo com o professor Claus Roxin, autor base da última evolução epistemológica da dogmática penal:

A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajudiciais (Roxin, 2006, p.49).

Seguindo a mesma linha de Roxin, disserta a penalista Ana Elisa Bechara acerca da Função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito:

A identificação da função da intervenção penal com a proteção de bens jurídico-penais, cumprida a partir da determinação do conteúdo material do delito, impede, assim, que qualquer tipo de interesse ou convicção moral cuja violação não tenha repercussão social negativa relevante possa servir de fundamento de incriminação, constituindo, portanto, garantia fundamental do Direito Penal moderno. (Bechara, 2014, p.71).

Ademais, frisa-se que o funcionalismo-teológico, ora em comento, rompeu com a visão das teorias que o antecederam, sustentando que a norma deve ser interpretada não de forma exegética, mas sim de modo teleológico, nas palavras de Roxin (2000, p.26): “Quando a interpretação de tipos, avalorada e quase automática, em correspondência ao ideal positivista-liberal, não alcança soluções claras ou aceitáveis, a solução é procurada teleologicamente, através do bem jurídico protegido.”

Nesta seara, desprende-se que o penalista alemão em estudo, compreende o direito penal como sendo a *ultima ratio*/trincheira do direito, de modo que tal ramo do direito apenas ocupa-se de tutelar os bens jurídicos imprescindíveis para a convivência social (caráter fragmentário).

A partir desse conceito a doutrina aponta algumas características essenciais do direito penal, estando entre essas o caráter fragmentário supracitado, o qual refere-se ao fato de que o direito penal somente incidirá sobre condutas “selecionadas”, frente a condutas que lesionam de forma relevante os bens jurídicos protegidos por essa seara. Outra característica é o seu caráter subsidiário, no que concerne a tal disserta Roxin:

subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas. De maneira substancialmente análoga diz-se também que o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos, gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais (Roxin, 2006, p.51).

Partindo desses conceitos preliminares, tem-se que Claus Roxin (2006, p.51) conceitua bens jurídicos como sendo: “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade.”

Ademais, esse mesmo autor alemão ressalta a importância do conceito de bem jurídico para o Direito Penal, disserta Roxin: “o poder penal só na proteção dos bens jurídicos encontrava fundamento suficiente” (*apud* CONCEIÇÃO, 1995, p.57).

De forma mais moderna no desenvolvimento epistemológico do direito penal, temos a hegemonia das teorias funcionalistas, em que advoga uma visão do direito penal como norma axiológica, e não mais adstrita aos mecanismos rasos de positivação jurídica. Dois expoentes modernos se destacam: os professores alemães Günther Jakobs (Universidade de Bonn) e Claus Roxin (LMU de Munique).

Outrossim, tomando como ponto de partida a ideologia funcionalista supra-abordada, insta salientar que a criminalização de condutas e a imposição de penas é algo deveras retrógrado ao Estado Democrático de Direito (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 93 e ss.). Advoga-se que a pena é o maior instrumento para reafirmação do status quo do grupo dominante, além de que a ideia é sustentada pelo argumento de que o combate às causas sociais de delinquência seriam aliados a medidas conciliatórias extra-estatais e indenizações reparatórias, soluções melhores que o direito penal. Estaríamos, portanto, sendo guiados à abolição da seara mais agressiva do direito.

Porém, Roxin (2008, p. 3 e ss.) versa que as posições abolicionistas são deveras românticas para serem seguidas. Para tanto, necessitar-se-ia que através de uma utilização racional de recursos, controles de natalidade, consciência extensa coletiva, dentre outros, a sociedade atacasse voluntariamente todas as causas de criminalidade. Roxin defende, ainda, que nem com as supressões das supostas causas de delinquência poderíamos abrir mão do direito penal, visto que a criminalidade corresponde a um comportamento desviante, dentro do arcabouço típico de condutas humanas, que sempre irá existir em maior ou menor grau, dependendo das condições político-sociais da nação. Desta necessidade de um direito penal, antes mesmo de nascer Roxin, se pronunciou Tobias Barreto em publicação póstuma (1892, p.81):

Onde quer que um povo, pelo caminho do desenvolvimento social, tenha deixado atrás de si todas as fases de organização pré-política, domina o princípio de que certas condições da vida *commum* devem ser asseguradas contra a rebeldia da vontade individual; e o meio de segurança é a pena, cujo conceito envolve a ideia de um mal imposto, em nome de todos, ao perturbador da ordem pública, ao violador da vontade de todos.

Na verdade, os abolicionistas pretendem entregar um fardo ao direito penal que a ele não pertence. O direito penal não é mágico, por si só ele não conseguirá coibir a criminalidade, simplesmente sendo mais um meio dado para a sociedade objetivando coibir o avanço do ímpeto criminal.

A diferença consubstancial é que o direito penal é o único ramo do direito a atingir direitos inatos do membro da sociedade.

E estes direitos especiais são os chamados “direitos inatos”, em que Bobbio os define, com fulcro em Immanuel Kant, como sendo “os que são transmitidos pela natureza independentemente de qualquer ato jurídico” (BOBBIO, 2000, p. 120). Em outros termos, os direitos inatos são aqueles que ao indivíduo pertence apenas por sua condição de ser humano. De outro norte, temos também os direitos adquiridos, os quais ganhamos ou perdemos ao longo das nossas vidas em situações distintas (BOBBIO, 2000, p. 120 e ss.), tal como a investidura em funções públicas e o patrimônio.

Os direitos inatos são, portanto, a vida, a integridade física e a liberdade. Bitencourt (2020, p. 1.306 e ss.) leciona que outrora o Estado já tocou nos direitos inatos do indivíduo através da pena de morte, castigo corporal e supressão de liberdade, de modo que hoje, em nosso Ordenamento, apenas subsiste a privação de liberdade.

Doutrina Luís Greco (2019, p. 74) que toda pena, ontologicamente, deverá ao menos ameaçar suprimir algum direito inato do indivíduo, em que hoje em dia apenas se enquadra a supressão de liberdade.

Destarte, percebe-se que em decorrência do caráter subsidiário/*ultima ratio* do direito penal, esse ramo do direito é o responsável por aplicar as sanções mais severas, que atingem os direitos inatos do indivíduo.

## **AS RUPTURAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO PENAL**

*Prima facie*, frisa-se que o Brasil, antagonicamente a países que adotam o sistema do Common law, tem a sua história marcada por rupturas constitucionais, contabilizando o exorbitante número de sete constituições desde o Império (desconsiderando a Emenda nº 1 à Constituição Federal de 1967).

Nesse viés, observa-se que tais rupturas constitucionais afetam o ordenamento jurídico como um todo e, em especial, ao direito penal, haja vista que, conforme já foi abordado, tal ramo do direito é responsável pela proteção dos bens jurídicos mais importantes, sendo cediço que o conceito de “mais importante” vai multando de acordo com a realidade histórico-constitucional vivenciada.

De tal modo, existem condutas que vão sendo descriminalizadas ou criminalizadas, de acordo com a realidade constitucional vivenciada.

Conforme já foi esposado o Brasil já passou por 7 rupturas constitucionais, por isso, em razão ao limite de páginas, exemplificaremos o tema em questão tendo como parâmetro a Constituição de 1937.

A escolha da Carta Magna da Era Vargas, deu-se ao fato de que essa reflete bem a instabilidade constitucional brasileira, haja vista que tal foi promulgada apenas 3 anos após a Carta Política de 1934, tendo aquela advindo do golpe dado por Getúlio.

Nesse viés, frisa-se que para Getúlio Vargas legitimar o denominado “Estado Novo”, o mesmo atentou-se para a edição de uma Constituição que estivesse em conformidade com o seu viés antidemocrático, e mais do que isso serviu-se também da atividade legislativa infraconstitucional tanto para combater os inimigos ao seu poder, quanto para demonstrar sua eficiência institucional.

Para o Ministro Nelson Hungria, tais modificações legislativas eram uma decorrência natural do novo regime que se colocava diante do Brasil:

A política do Estado Novo não podia deixar de refletir-se no direito penal. O direito penal não é obra puramente científica: tem de inspirar-se no ambiente político em que se forma. O fenômeno jurídico-penal é

inseparável do fenômeno histórico político. O fator político é o cunho, é o leit motiv de suas reformas. Assim, o direito penal brasileiro remodelado não podia ficar alheio ao princípio cardial do Estado Novo, isto é, o de que o Estado deve ser forte e militante no sentido de assegurar o bem comum. A primeira marca do Estado Novo na legislação penal foi a sua nova diretriz na repressão da criminalidade política (1941, p. 267).

Nesse viés, editou-se a Lei de Segurança Nacional, estabelecendo diversos crimes políticos, e fez ressurgir no ordenamento jurídico brasileiro a pena de morte, entre os crimes previsto com a pena capital estão os de terror e de atentado contra o Chefe de Estado.

Ademais, Hungria salienta que tal Lei estabelecia, de acordo com os adversários do momento, disposições específicas para sua incriminação, processo e julgamento desrespeitando princípios e garantias basilares do Direito Penal.

Partindo dessa simplória abordagem, já se pode constar como a Constituição determina o Direito Penal e o Processo Penal, haja vista que sobre a exige da nossa Constituição Cidadã tais previsões são inimagináveis. Como questão central, pode-se elencar acerca da pena de morte, a qual na Carta Magna de 88 é expressamente proibida, estando dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, configurando, pois, em uma cláusula pétrea e, portanto, não está sujeito a emendas de caráter abolitivo.

Assim, é sabida que sobre a égide da nossa Carta Política atual, em um estado de normalidade, o direito a vedação a pena de morte não pode ser alterado por uma emenda constitucional, assim, tal direito apenas poderia ser abolido com uma atuação do poder constituinte originário, ou seja, com a promulgação de uma nova constituição.

Nesse viés, tem-se que tal questão exemplifica a forma como a constituição vigente determina o poder punitivo estatal.

Doravante, urge ser salientado que o advento do neoconstitucionalismo, a Constituição passou a ser vista como o verdadeiro sol do ordenamento jurídico devendo todos os ramos do direito estarem adequados a essa, sobre pena de serem considerados inconstitucionais e serem banidos do ordenamento jurídico. Assim, diante da força irradiadora da Constituição de 88, tal passou a estabelecer diversas formas de assegurar garantias mínimas, limitando de forma clara o poder punitivo estatal.

No artigo 5º da nossa bíblia política está devidamente elencado diversos direitos que limitam a atuação do legislador na edição de normas penais e processuais penais, dentre tais garantias pode-se elencar, o fato de essa trazer de forma expressa as modalidades de penas proibidas, evitando excessos:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Ademais, a nossa Constituição Cidadã traz no seu bojo diversos direitos e garantias fundamentais que alicerçam e asseguram um direito penal garantista.

Outrossim, há de salientar que a Carta Magna de 88 também elenca no seu texto, de forma expressa, mandatos de criminalização, como o caso do crime de racismo, que determinam a atuação do legislador ordinário na seleção de condutas criminalizáveis, ficando esse obrigado a seguir as orientações penais, e especialmente, em matéria penal, ramo do direito que têm as penas limitadoras dos direitos inatos dos indivíduos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em questão buscou explicar acerca das diversas formas como a constituição determina e regulariza a atuação do poder punitivo estatal. Nesse viés, concluiu-se que a própria Constituição estabelece quais são os bens jurídicos considerados “mais importantes”, e que por consequência, carecem da tutela da *ultima ratio*/trincheira do nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, a Constituição vincula a atividade do legislador ordinário e sujeita o judiciário a interpretação da norma em consonância com os princípios constitucionais. Logo, a tutela penal deve ter como fonte de legitimação e limite de aplicação o texto constitucional, sendo esse a sua maior fonte formal e material da persecução penal.

Destarte, a presente pesquisa também buscou referenciar a Constituição de 1988 pelas suas garantias essenciais para a garantia de uma persecução alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana e compatível com o Estado Democrático de Direito. Por fim, conclui-se que a Carta Magna vigente, mais do que qualquer outra, consagra, pelo menos teoricamente um direito penal pautado em diversas garantias aos direitos fundamentais dos cidadãos, trazendo vedações expressas e irretocáveis, para que barbaridades que já se fizeram presentes no direito penal não voltem a fazer, resguardando-se, pois, do retrocesso.

## REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 dez. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado de pensamento de Emanuel Kant** (trad. Alfredo Fait). 2ª ed. – São Paulo: Mandarim, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva de criminalização e de descriminalização. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

GRECO, Luís. **Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas Jurídicas?** Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal. Quatro estudos*. 1ª ed. - São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. Ed., São Paulo: Atlas, 2008. HUNGRIA, Nélon. O direito penal no estado novo. Revista Forense, janeiro (1941). ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal** (trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito penal**. (trad. Luís Greco). 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2003.