
MANDADOS EXPRESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO E FUNÇÃO POSITIVA DO BEM JURÍDICO-PENAL: ENCILHANDO O *LEVIATÃ*

Cleopas Isaías Santos (UNDB)
Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS e Delegado de Polícia
cleopas1st@yahoo.com.br

RESUMO

A presente pesquisa identifica e discute uma das facetas do Estado enquanto não exclusivamente “inimigo”, ou seja, enquanto não apenas agressor dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas como garantidor da sua não-afetação. Para tanto, optou-se pela análise dos chamados *mandados expressos de criminalização*, através dos quais o Constituinte exige do legislador ordinário a tutela penal de certas condutas, com intensos reflexos na teoria do bem jurídico-penal, especialmente no que tange à sua *função positiva* e aos princípios político-criminais da *dignidade* e *necessidade de pena*, que legitimam aquela intervenção estatal. O objetivo principal da presente investigação, portanto, é analisar se, e em que medida, a constituição pode servir, além de limite, também de fundamento ao Direito Penal, repercutindo diretamente nos sedimentados princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. Nesta etapa da pesquisa utilizou-se, predominantemente, o método de abordagem dedutivo – partindo-se, portanto, da análise de questões gerais, comuns à teoria geral do crime, e, especificamente, à teoria do bem jurídico e dos deveres do Estado, e, como técnica de pesquisa, a revisão bibliográfica sobre o tema. Ao fim, conclui-se pela legitimidade dos mandados expressos de criminalização e por sua perfeita congruência com o estado atual da teoria dos direitos fundamentais. É legítima, portanto, a ordem constitucional, dirigida ao legislador ordinário, de criminalização de uma conduta. Uma tal constatação, entretanto, não afasta a necessidade de um bem jurídico a ser tutelado. Como asseverou Hassemer, “sin el concepto de bien jurídico, ésta es mi tesis, es absolutamente imposible construir una prohibición de defecto en el Derecho constitucional – y, en consecuencia, también en el Derecho penal”, para, em seguida, concluir que “la admisión de un bien jurídico necesitado y merecedor de protección es el fundamento del que surge el deber de protección; es el motor que impulsa una prohibición de defecto y que

pretende obligar al legislador a actual”.O bem jurídico, portanto, mesmo nessa novel perspectiva, deve continuar, nas lições de Schünemann, como *diretriz normativa* e como “el punto de partida para examinar la legitimidad de los tipos penales”, servindo, assim, como “punto de fuga de las estructuras de imputación”, e como mastro principal da nau jurídico-penal.

Palavras-chave: Mandados expressos de criminalização. Função positiva do bem jurídico-penal. Teoria dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, n. 4, p. 151-198, 1994.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Holand (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Holand (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** Madrid: Marcial Pons, 2007.