

Normas constitucionais criminalizadoras

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo

FRANCO, Alberto Silva. Normas constitucionais criminalizadoras. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 179, p.22, out. 2007.

Nunca se deu muita importância, na doutrina brasileira, às obrigações de criminalização constantes da Constituição Federal. Um exame mais atento permitirá verificar que há, nessa matéria, diversidade de tratamento. De um lado, situam-se normas constitucionais de criminalização que se resumem a indicar determinados bens jurídicos (inc. XLI do art. 5º, § 3º do art. 225 e § 4º do art. 227) em relação aos quais o legislador infraconstitucional deve necessariamente assumir a tarefa de dar-lhes proteção penal. De outro lado, posicionam-se normas constitucionais de criminalização que, além da indicação da matéria a ser tutelada em nível penal, acrescenta expressas limitações quer de natureza penal, quer de caráter processual penal. Hipóteses significativas dessas obrigações de criminalização são os incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal. Tais normas constitucionais alavancam a criação de microsistemas fechados e autônomos, de origem constitucional, que se colocam ao lado do sistema penal geral e aberto, formulado pelo legislador ordinário.

Tome-se, para efeito de exemplificação, o inc. XLIII do art. 5º da CF. O legislador originário não apenas emitiu o comando criminalizador. Fez mais. Equiparou o denominado crime hediondo — tipo que ainda não constava da legislação penal ordinária — aos delitos de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo. E indo além, recorreu ao sistema penal e ao sistema processual-penal pré-existentes para deles importar regras restritivas que

deveriam necessariamente acompanhar o processo criminalizador: não caberiam, então, as causas excludentes de punibilidade como a anistia e a graça, nem tampouco seria pertinente a fiança.

O legislador constituinte não privou o legislador ordinário do poder de desenhar as condutas típicas representativas de lesões mais ou menos graves, em relação aos bens jurídicos elencados na norma constitucional, nem o impediu de cominar sanções, de acordo com a danosidade social de cada uma dessas condutas. Mas não lhe deu o direito de diferenciá-las, sob o critério da especialidade. Todos os tipos que compõem o microsistema revelam sua condição de especiais em relação ao sistema penal geral, na medida em que não decorrem de uma livre avaliação, em nível de legislação ordinária, mas procedem de uma obrigação constitucional de criminalização. E o comando constitucional não se restringe à formatação típica. O legislador infraconstitucional está submetido também às limitações penais e processuais penais inseridas no inc. XLIII do art. 5º da CF. Diante delas, não lhe compete aferir se tais limitações são pertinentes ou não. Encontra-se ele diante de um expediente comunicatório de deliberação de nível superior e só lhe cabe obedecer, incluindo, na composição típica, as restrições preestabelecidas. O ato de conformação às limitações não pode, contudo, ser compensado com o alargamento dessas limitações para efeito de excluir, radical e peremptoriamente, o eventual infrator de qualquer dos tipos, que compõem o microsistema, de outros direitos ou benefícios não relacionados na norma criminalizadora e que participam do sistema penal geral.

A Lei 8.072/90 não se ajustou corretamente ao inc. XLIII do art. 5º da CF. O legislador ordinário, em termos de restrições penais e processuais penais, foi muito além do que lhe autorizava a norma constitucional criminalizadora. No campo penal, incluiu a proibição do indulto e a vedação do regime prisional progressivo. No campo processual penal, suprimiu a liberdade provisória, por entender que o conceito de inafiançabilidade não significava, por si só, impedimento para a obtenção da liberdade provisória. Embora a Lei 8.072/90, como texto-

matriz, tenha configurado no *caput* do art. 2º um tratamento igualitário no que tange às limitações penais e processuais penais, a todos os tipos componentes do microsistema, força é convir que leis posteriores, sobretudo, as que dizem respeito a drogas, estabeleceram outras limitações não incluídas nos incisos do art. 2º da Lei 8.072/90. Assim, a recente Lei 11.343/2006, revogatória de todas as leis anteriores sobre drogas, como se nada tivesse a ver com o microsistema criado pela norma constitucional criminalizadora, estabeleceu, no seu art. 44, um abusivo e ampliado rol de limitações não previstas no texto constitucional. Assim, os crimes referidos nos arts. 33, *caput* e § 1º e arts. 34 a 37 da Lei 11.343/2006 não seriam suscetíveis, além das restrições exorbitantes contidas no texto originário da Lei 8.072/90, o *sursis* e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Esses exageros só começaram a ser contidos, depois de quase dezesseis anos, pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do *Habeas Corpus* 82.959-7, ficou decidido que o legislador penal extrapolou o encargo recebido da norma constitucional criminalizadora na medida em que, desprezando o núcleo essencial do princípio da individualização da pena, proibiu a progressão de regime em relação ao autores de crimes hediondos ou assemelhados. Ora, na medida em que tal proibição foi afastada com o reconhecimento de que o § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos era inconstitucional, tal conclusão, por força do *caput* do mesmo artigo 2º, é extensível aos crimes equiparados aos crimes hediondos. Por outro lado, a Lei 11.464/2007, ao eliminar do inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, a locução *liberdade provisória* posicionou-se abertamente pelo respeito aos princípios constitucionais do justo processo legal, da presunção de inocência e da liberdade provisória, com ou sem fiança. É incontestável que a Lei 11.464/2007 deixou a nu a pouca compreensão do legislador da Lei 8.072/90 sobre a norma constitucional criminalizadora e seus respectivos limites. É indubitoso, assim, que a proibição da liberdade provisória nos crimes a respeito de drogas foi derogada pela Lei 11.464/2007, por sua total inconsistência em nível constitucional. Destarte, passa o indulto a ser único tópico a ser excluído da Lei 8.072/90 para que o referido

diploma legal se acomode corretamente ao microsistema do inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Vale observar que nada impede ao legislador ordinário exigir condições mais rigorosas para a fruição de direitos e benefícios provenientes do sistema penal geral, em relação a réus de crimes que fazem parte do microsistema. A Lei 11.464/2007 é um exemplo a respeito, na medida em que requereu para a progressão prisional percentuais mais gravosos de cumprimento de pena e, portanto, diversos dos que são preceituados para os criminosos comuns. Deste modo, não poderia ser inquinada de afronta à Constituição a determinação de requisitos mais severos para a concessão do *sursis* ou para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. O que não se pode, de forma alguma, admitir — e aí se lesionam os princípios constitucionais da isonomia e da própria individualização da pena na sua fase de aplicação judicial — é a exclusão pura e simples desses direitos e benefícios só e simplesmente porque o agente infringiu uma determinada tipologia criminal. O microsistema montado a partir da obrigação constitucional criminalizadora tem, portanto, um *status* especial e não se confunde, de modo algum, com o sistema penal geral. Essa consideração tem também validade quando se constrói, por exemplo, o conceito de reincidência para efeito da progressão do regime. É evidente que a reincidência que aqui se alude não pode levar em conta todo e qualquer crime, como aplicação direta e imediata do art. 63 do Código Penal, mas tão-somente os crimes que estruturam o microsistema estatuído a partir do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo

Disponível em < http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=3517>

