

ALEX NUNES DE FIGUEIREDO

**O ESTADO E A APLICAÇÃO DE ATOS LEGISLATIVOS
CONTRÁRIOS AO PRINCÍPIO DA RESERVA DA LEI PENAL**

FRANCA – SP

2002

ALEX NUNES DE FIGUEIREDO

**O ESTADO E A APLICAÇÃO DE ATOS LEGISLATIVOS
CONTRÁRIOS AO PRINCÍPIO DA RESERVA DA LEI PENAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direito das Obrigações).

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

FRANCA – SP

2002

FIGUEIREDO, Alex Nunes de.

O Estado e a aplicação de atos legislativos contrários ao princípio da reserva da lei penal./ Alex Nunes de Figueiredo – Franca, 2002.

158 f.

Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho”.

1- Direito. 2 – Direito Penal. 3 – Direito Constitucional. 4 – Medida Provisória. 5 – Princípio da reserva legal. I – Título.

CDD 345.01

Para Luciane, Alex Jr., Lucas e Leonardo, pelos inúmeros dias que privei-lhes da minha presença, a fim de que este trabalho fosse realizado.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela benção da vida, pela família querida, pelas oportunidades que tive.

Ao Professor Doutor Fernando Andrade Fernandes, meu orientador, pela orientação precisa, constante, crítica, severa e competente, e cujo conhecimento profundo e contemporâneo do Direito Penal me deixou admirado.

Ao Ministério Público de Rondônia, Instituição a qual tenho a honra de pertencer desde 1995, sem o apoio de quem a conclusão deste Mestrado se tornaria impossível.

RESUMO

FIGUEIREDO, Alex Nunes de. *O Estado e a aplicação de atos legislativos contrários ao princípio da reserva da lei penal*. Dissertação de Mestrado. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho”, 2002, 158 p.

A Constituição do Brasil proíbe expressamente ao Chefe do Poder Executivo editar medidas provisórias que versem sobre direito penal. Trata-se de uma vitória em prol dos direitos fundamentais, alcançada com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, uma vez que, até então nada existia constitucionalmente exposto sobre a possibilidade de se tratar de direito penal por meio daquela espécie normativa. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência adotavam o entendimento pacífico de que, em razão do princípio da legalidade, e da reserva de lei, direito fundamental do indivíduo, o Estado não poderia ingerir na sua esfera de liberdade já que aqueles princípios exigiam, para a legislação penal, a edição de lei formalmente perfeita, feita de acordo com o modelo de processo legislativo previsto na Constituição. No entanto, por diversas vezes, no decorrer da história, vimos tipos incriminadores sendo criados por medidas provisórias, o que originou este estudo sobre a responsabilidade do estado pela aplicação de medidas provisórias com conteúdo penal. Ora, se antes da Emenda Constitucional n.º 32 nada havia expressamente em sede constitucional que proibia a criação de tipos constitucionais por medidas provisórias, e efetivamente foi criada lei penal incriminadora convertida de medida provisória, então como ficariam as relações oriundas da efetiva aplicação dessa lei? O Estado seria obrigado a responsabilizar quem tivesse sua liberdade cerceada em razão da sua efetiva aplicação? Haveria a necessidade de uma declaração prévia de inconstitucionalidade para que o Estado fosse civilmente responsável. Essas indagações serão respondidas ao longo da dissertação, onde serão analisados a evolução histórica dos institutos tratados, bem como a visão doutrinária sobre o tema para, ao final, concluirmos pela impossibilidade de o Estado aplicar lei penal já criada e oriunda de medida provisória e, depois, pela desnecessidade de uma prévia declaração de inconstitucionalidade pelo judiciário a fim de propiciar a indenização do lesado.

PALAVRAS-CHAVE – Constituição. Medida Provisória. Inconstitucionalidade. Responsabilidade. Legalidade. Princípio. Reserva de lei. Indenização.

ABSTRACT

FIGUEIREDO, Alex Nunes de. *The responsibility of the State for the enforcement of legislative acts against principle of law restriction*. Essay presented to the Faculdade de História, Direito e Serviço Social of Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho”, Franca Campus, as a requirement for the attainment of the degree of Master in Law, 158 p.

The Brazilian Constitution expressly forbids the Head of the Government's Executive Branch to issue provisional measures relative to penal rights. This represents a victory of the basic rights, achieved by means of Constitutional Amendment decree No. 32 dated September 11, 2001, considering that, until such a date, nothing was mentioned in the Constitution about the possibility of handling penal rights through that kind of decree. Both the doctrine and the jurisprudence adopted the pacific understanding that, in view of the legality principle and, as a norm, the principle of the basic rights of the individual, the State could not penetrate its sphere of freedom, since those principles required, as far as it concerned the penal legislation, the elaboration of formally perfect laws, made in accordance with the legislative process model foreseen in the Constitution. However, for several times along the history, we have seen incriminating kinds of such being created by provisional measures, which resulted in this study of the State's responsibility over the enforcement of penal-oriented provisional measures. Thus, if before Constitutional Amendment No. 32, nothing was mentioned in the Constitution which prohibited the creation of constitutional types by means of provisional measures and in fact the incriminating penal law was created through a conversion of a provisional measure, then how would all relations resulting from the effective application of this law stand? Would the State be required to blame whomever had his freedom restrained as a result of its effective enforcement? There would be the need of a previous statement of unconstitutionality so that the State could be civilly made responsible. These questions shall be answered in the course of the essay, where the historical evolution of the referred to institutions will be evaluated, as well as the indoctrinating vision over the topic and finally, to come to the conclusion that it is impossible for the State to enforce a penal law which had already been created and which resulted from a provisional measure and later to conclude that there is no need of a previous declaration of unconstitutionality on the part of the judiciary so as to favor indemnity to the grieved party.

KEY-WORDS – Constitution. Provisional Measure. Unconstitutionality. Responsibility. Legality. Principle. Law restriction. Indemnity.

SUMÁRIO

Lista de abreviaturas.....	11
INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – SISTEMA JURÍDICO PENAL	
1. A noção de sistema	15
2. A norma penal	21
3. O Direito Penal e o sistema penal	24
4. A Constituição como Lei Fundamental do Estado	28
5. A Constituição e o Direito Penal	31
6. A Constituição e os bens jurídico-penais	33
CAPÍTULO II – OS PRINCÍPIOS PENAIIS ESTRUTURANTES	
1. Os princípios e o ordenamento jurídico.....	36
2. Os direitos fundamentais	39
2.1. Direitos fundamentais – evolução histórica	40
2.2. Evolução histórica no Brasil	43
3. O desenvolvimento dos direitos fundamentais	45
4. O princípio da reserva legal dos delitos e das penas	50
4.1. Fundamento	50
4.2. Histórico	52
4.3. Aspecto político	55

4.4. Aspecto jurídico	56
4.5. Reserva de lei e medida de segurança	56
4.6. Reserva de lei e proibição da retroatividade	57
4.7. Reserva de lei e proibição da analogia	58
4.8. Reserva de lei e costumes	58
4.9. Reserva de lei e proibição de leis penais e penas indeterminadas ..	59
4.10. Reserva de lei e culpabilidade	61
4.11. Reserva de lei e as normas penais não incriminadoras.....	61
4.12. Reserva de lei e o princípio da legalidade	61
4.13. Reserva de lei e o tipo aberto	62
4.14. Reserva de lei e a norma penal em branco	63
5. Princípio da lesividade	64
6. Princípio da proporcionalidade	65
7. Princípio da intervenção mínima	66

CAPÍTULO III – ESPÉCIES NORMATIVAS

1. Noções introdutórias	70
2. Espécies normativas	71
2.1. Das emendas constitucionais	72
2.2. Das leis	76
2.2.1. Das leis complementares	78
2.2.2. Das leis ordinárias	79
2.2.3. Das leis delegadas	80
2.3. Dos decretos legislativos.....	81

2.4. Das resoluções.....	82
2.5. Das medidas provisórias.....	83
2.5.1. Enfoque histórico.....	83
2.5.2. O decreto-lei e a medida provisória.....	87
2.5.3. Do decreto-legge.....	90
2.5.4. Conceito.....	92
2.5.5. Natureza jurídica.....	94
2.5.6. Os pressupostos de relevância e urgência.....	96
2.5.7. Eficácia da medida provisória.....	100
2.5.8. Do restabelecimento da legislação anterior.....	103
2.5.9. Do controle jurisdicional da medida provisória.....	104

CAPÍTULO IV – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A PRODUÇÃO DE ATOS LEGISLATIVOS: A RESPONSABILIDADE PÚBLICA

1. A lei como fonte única do Direito Penal	106
2. A separação de poderes. Afronta!	112
3. A falta do pressuposto urgência	116
4. O princípio da segurança jurídica	117
5. O Estado e a produção legislativa penal.....	118
6. A responsabilidade pública	120
6.1. Evolução histórica	122
6.2. Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva	124
6.3. O ato lícito e o ato ilícito	126

6.4. O nexo causal	127
7. A responsabilidade do Estado pela edição de atos legislativos.....	128
7.1. Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos.....	128
7.2. O Estado e a produção de atos legislativos.....	132
7.3. O artigo 37, § 6.º da Constituição Federal como espécie de direito e garantia fundamental.....	135
7.4. As leis inconstitucionais.....	136
CONCLUSÃO	146
ANEXO	149
BIBLIOGRAFIA	152

LISTA DE ABREVIATURAS

- AC – Apelação criminal
- ADIn – Ação direta de inconstitucionalidade
- Ap. – Apelação
- Art. – Artigo
- Bol. IBCCrim – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
 - c/c – combinado com
 - CF – Constituição Federal
 - cf. – conforme
 - cit. – citado (a)
 - CP – Código Penal
 - CPP – Código de Processo Penal
 - Crim. – Criminal
 - Dec. – Decreto
 - Des. – Desembargador
 - DJU – Diário da Justiça da União
 - DOU – Diário Oficial da União
 - ED – Embargos declaratórios
 - HC – Habeas corpus
- IBCCrim. – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
 - j. – julgado em
- JSTF – Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
- JSTJ – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
- JUTACRIM – SP – Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
- Min. – Ministro
 - n. – número
- Ob. – obra
- op. – opúsculo
- p. – página

RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais
RDA – Revista de Direito Administrativo
RDP – Revista de Direito Público
Rel. – Relator
RIL – Revista de Informação Legislativa
RJDTACrim – Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de
Alçada Criminal de São Paulo
RJTAGM – Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais
RJTG – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça
RJTGSP – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São
Paulo
RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência
ss. – seguintes
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TA – Tribunal de Alçada
TACrim – Tribunal de Alçada Criminal
TACrimSP – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TAGM – Tribunal de Alçada de Minas Gerais
TFR – Tribunal Federal de Recursos
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
vol. – volume

INTRODUÇÃO

Vigora no direito penal o princípio da reserva legal exigindo que a produção normativa penal seja feita por lei formal, proibindo que espécie normativa que não a lei *stricto sensu*, que obedeça ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, crie tipos legais e comine penas.

Como espécies normativas diversa da lei pura constituinte de 1988 previu, a medida provisória, inserida na Carta Magna em substituição ao decreto-lei, dele diferindo em alguns pontos.

Trata-se de instrumento célere que dá ao Estado agilidade para realizar atividades que, pela sua relevância e urgência, não possam aguardar o trâmite do processo legislativo ordinário.

A medida provisória não é lei, é espécie normativa, transformando-se em lei após sua aprovação pelo Congresso Nacional. Tem força de lei, com efeitos imediatos.

No entanto, mesmo não sendo lei, medida provisória criou tipo legal, cominando pena, tipo este plenamente em vigor e passível de ser aplicado caso a sua hipótese de incidência seja verificada. Ora, como é que a medida provisória poderia tratar de matéria penal, tendo em vista o princípio da reserva legal, que se integra ao princípio da legalidade, pelo qual somente a lei, como vontade do poder estatal ao qual a Constituição atribuiu a faculdade de legislar, pode editar leis penais?

O presente trabalho procurará responder a esta e outras indagações, tendo em vista sempre os princípios constitucionais inerentes à matéria, em especial o princípio da legalidade e o princípio da reserva de lei, e os que a este são correlatos.

Com efeito, sendo sanção imposta pela norma penal a mais grave dentre as cominadas no sistema jurídico, sua legitimação, ou seja, a autorização para que aquela norma seja criada somente pode residir no próprio povo eis que, pelos seus representantes, autorizam que os seus anseios e preocupações sejam convertidos em leis reguladoras da vida em sociedade.

Desta forma, e ferindo a sanção penal um direito fundamental do indivíduo, o direito de liberdade, sua criação somente se pode dar pelo processo legislativo puro, legítimo, para a criação das leis. Isto é exigência do princípio da reserva legal que,

previsto no artigo 5.º, inciso XXXIX da Carta Magna, ao determinar que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem previa cominação legal exige a lei formal para a regulação das matérias que elenca, ou seja, crime e pena.

Isso nos leva a uma conclusão: a de que, interpretando-se sistematicamente a Constituição verificamos que, ao exigir uma lei forma para a edição de matérias com conteúdo penal, a Constituição confere a qualquer membro do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional a iniciativa privativa para apresentar projetos de lei com conteúdo penal. Reforçando essa tese temos o artigo 68, § 1.º, inciso II da Lei Maior que impede a delegação ao Presidente da República para a elaboração de lei delegada sobre direitos individuais.

Assim, um projeto de lei que cria crime ou comine penas, ou ainda que agrave um situação já existente, que tenha por iniciativa outra pessoa que não aquelas declinadas no parágrafo anterior, sofrerá inexoravelmente do vício de iniciativa, que não pode jamais ser suprido, pois tal vício macula de nulidade a formação da lei, borrando todo o processo legislativo.

Porém, para chegarmos a tal assertiva cumpre antes estabelecer uma série de conceitos e conclusões, que passam desde a noção da formação da sociedade e seus objetivos, até a análise da espécie normativa denominada medida provisória, para então, demonstrando a inviabilidade de se editar leis penais por aquela espécie normativa, analisarmos a responsabilidade do Estado em indenizar aqueles que, efetivamente, tiveram sua liberdade de qualquer forma cerceada em virtude da aplicação, ou de espécie normativa diversa da lei, ou da lei emanada de medida provisória, ambas com conteúdo penal, passando ainda pela necessidade, ou não, de uma declaração prévia de inconstitucionalidade da lei para que aquela obrigação surja.

Capítulo I

SISTEMA JURÍDICO-PENAL

1. A noção de sistema – 2. A norma penal – 3. O Direito Penal e o sistema penal – 4. A Constituição como Lei Fundamental do Estado – 5. A Constituição e o Direito Penal – 6. A Constituição e os bens jurídico-penais.

1. A NOÇÃO DE SISTEMA

A partir do momento em que o homem percebeu que em grupo era mais forte, menos suscetível às intempéries da vida em isolamento, que conseguiria, com mais facilidade, a caça de que necessitava para o alimento, bem como a defesa contra as vicissitudes se tornaria mais eficaz, nascia o embrião das primeiras formas de sociedade, que redundaria, inexoravelmente, no surgimento do Estado.

Sem tomar partido da discussão filosófica sobre os fundamentos da sociedade, temos que o conceito de Del Vecchio, trazido por Paulo Bonavides¹, afirmando que a sociedade é o conjunto de relações através das quais vários indivíduos vivem e atuam solidariamente em ordem a formar uma entidade nova e superior, é o mais apropriado para o desenvolvimento deste trabalho, justamente porque, por ele, adentramos na figura do Estado, modelo abstrato, situado acima da sociedade, e que exprime a vontade geral e autêntica dos indivíduos que compõe o corpo social, na acepção de Rousseau.²

¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1988, p. 54-55.

² Id. Ibid, p. 60.

Com efeito, a partir do momento que os indivíduos se associaram, conflitos de interesses também passaram a fazer parte da vida orgânica; então, afirma Hobbes, segundo Darcy Azambuja³, que diante da tremenda e sangrenta anarquia do estado de natureza, os homens tiveram que abdicar em proveito de um homem ou de uma assembléia os seus direitos ilimitados, fundando assim o “Estado, o Leviatã, o deus mortal, que os submete à onipotência da tirania, que eles próprios criaram”.

Não cabe aqui o aprofundamento nas teorias relacionadas à criação do Estado, mas sim ter em mente que este, no momento em que se cristalizou pela reunião de parcelas de soberania cedidas pelos indivíduos componentes da sociedade, teve como uma de suas funções primárias, e que possui até hoje, o ordenamento do todo social, de modo que a liberdade de um seja limitada pelo início da liberdade do outro, ordenando, desta forma, a vida harmônica de todos.⁴

Essa função é representada pelo Estado por meio da sua principal figura: a norma jurídica.

Assim, na acepção de Maria Helena Diniz⁵, a vida em sociedade exige o estabelecimento de normas jurídicas que regulem os atos de seus integrantes, sendo os mandamentos voltados à liberdade humana no sentido de restringi-la em prol da coletividade, visando as normas de direito delimitar a atividade humana, preestabelecendo a área dentro da qual pode agir. Tem por finalidade traçar as diretrizes do comportamento humano na vida social, para que cada um tenha o que lhe é devido, e dirigir a liberdade no sentido da justiça, estabelecendo, para vantagem de todos, os pontos delimitadores das exigibilidades recíprocas, garantindo, desta forma a paz e a ordem social.

Para a continuidade do trabalho, em um primeiro momento é importante tecermos algumas considerações sobre a noção de sistema dentro do âmbito jurídico, onde encontraremos regras que têm por finalidade a manutenção da unidade do todo hegemônico.

³ DARCY, Azambuja. *Teoria geral do Estado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1959, p. 114.

⁴ Dessa limitação nasce a relatividade dos direitos fundamentais, uma vez que eles não são ilimitados, mas pelo contrário, encontram seus limites nos outros direitos fundamentais previstos na Constituição.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 328.

O direito positivo, para ser compreendido, tem que ser racional. Dessa racionalidade deriva a sua estrutura orgânica traduzida no sistema jurídico positivo.

O sistema jurídico é composto por regras e princípios, que se instituem para regular todo corpo de leis de um país. Dentro dele, estabelecem-se diversos regimes jurídicos e se fundam as várias instituições legais, sejam de ordem externa, sejam de ordem interna.

Ainda hoje é fundamental a definição dada por Kant, para a perfeita compreensão de sistema jurídico, ao caracterizá-lo como “a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados”⁶ ou “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”.⁷

Podemos, da definição dada por Kant, identificar na composição de sistema dois núcleos: o primeiro o conjunto ordenado, o segundo a unidade.

Sobre essas duas constantes Canaris⁸, com muita propriedade, assinala que:

“No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundando na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais. Deve-se, assim, distinguir sempre duas formas ou, melhor, dois prismas do sistema: por um lado, o sistema de conhecimentos, que EISLER, na definição citada, chama ‘lógico’ e que, na sequência, de modo mais genérico, será apelidado de ‘científico’ e, por outro, o sistema dos objectos do conhecimento, a propósito do qual, com razão, EISLER fala de sistema ‘objectivo’ ou ‘real’”.

Aquela unidade do sistema, segundo Lourival Vilanova⁹, é formal, uma vez que ela não provém da homogeneidade de uma região de objetos, mas sim da interligação das proposições normativas através de um fundamento de validade que cada uma tem no todo. Esse fundamento de validade reside na “norma fundamental”.

Complementa Lourival Vilanova, dizendo que Kelsen concebia o sistema jurídico como um sistema único, como um todo fechado em si, e logo em seguida dele

⁶ KANT, Imanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Apud CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 9-10.

⁷ KANT, Imanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*. Apud CANARIS, Claus-Wilhelm., p. 10.

⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 104.

⁹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 166.

discordando - com o que concordamos plenamente – ao afirmar que o sistema não é fechado, mas sim aberto, “em intercâmbio com os subsistemas sociais (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os descritores de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, onde se dá a função prescritora da norma de Direito.”¹⁰

Canaris¹¹ perfilha do mesmo entendimento. Dividindo o sistema em “sistema científico” e “sistema objetivo”, diz que em relação ao primeiro, formado pelas proposições doutrinárias da Ciência do Direito, a “abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico, já que “cada sistema científico é, assim, tão só um *projecto* de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo”, motivo pelo qual não pode ser nem definitivo e muito menos “fechado”, mas aberto, permitindo uma reformulação científica e um progresso sempre que possível, refletindo, desta forma, o desenvolvimento do Direito em um determinado tempo. Em relação ao sistema objetivo, formado pelo direito positivo, a abertura se dá porque, mesmo que ele consista de uma ordem jurídica codificada, será suscetível de aperfeiçoamento em diversos pontos, não podendo os valores fundamentais que o constituem, servir de óbice àquele aperfeiçoamento.

Conforme Lourival Vilanova,¹² a ordenação do sistema reside na reunião disposta das suas proposições (princípios e normas), compondo um todo unitário, e para que esta ordenação seja completa, exaustiva da realidade social subjacente, deverá: a) excluir qualquer direito além do Direito estatal, elaborado, sobretudo, por órgão legislativo independente, ou seja, importa em expulsar do sistema qualquer outra fonte de normas; b) adotar uma atitude racionalista que vê na legislação (e seu produto mais expressivo, a codificação) um método programado de ação social; c) ter uma posição ideológica conservadora segundo a qual o movimento social se faz dentro das vias pré-traçadas pelas normas, ou que a mudança social é tão lenta que o ordenamento tem sempre resposta solucionadora aos casos ocorrentes e que o controle normativo da evolução evita a revolução.

Podemos identificar na Ciência do Direito, portanto, um sistema maior, onde reside a Norma Fundamental, e outros sistemas menores, ou subsistemas, que buscam a

¹⁰ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 180.

¹¹ Op. cit. p. 106-109, nota 8.

¹² Op. cit. p. 213, nota 9.

sua fundamentação naquela. Dentro desses subsistemas reside o Sistema do Direito Penal, que será analisado no tópico seguinte.

Portanto, o relacionamento das normas jurídicas, entrelaçadas, formando um emaranhado normativo e, destarte, um sistema, devem buscar validade, suporte, em algum ponto comum. Tal fundamentação se dá com a convergência daquelas para a Norma Fundamental, que valida a constituição do direito positivo. Trata-se da norma hipotética fundamental, de Kelsen, que tem por função a legitimação da Lei Constitucional.

Podemos ampliar essa noção de sistema pois, dentro do ordenamento jurídico atual não se concebe um sistema jurídico composto apenas de normas no seu sentido mais puro, pelo contrário, ao lado dessas normas outras figuras existem, não para dar-lhes validação¹³, mas para ajudar o intérprete na sua aplicação, tal qual as ciências auxiliares do Direito Penal, como veremos mais adiante.

O direito é dinâmico, diariamente novas situações até então desconhecidas surgem e exigem um amparo, uma regulamentação jurídica. Diante de tais situações e ainda à dinamicidade existente entre os fatos, não só normas são criadas, mas também novos métodos de auxílio investigativo surgem para que o direito seja aplicado da forma mais correta e clara possível. Por isso Fernando Fernandes¹⁴ afirma que a integração teleológica entre “sistema” e “problema” faz com que a Ciência Jurídica assuma uma característica aberta, que implica, enquanto “sistema científico”, de proposições doutrinárias, a natureza incompleta do conhecimento científico, e depois, enquanto “sistema objetivo”, da ordem jurídica, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, eis que o Direito, enquanto fenômeno que se situa no processo histórico, é imutável.

É exigência do devido processo legal, insculpido no artigo 5.º, inciso LIV da Constituição Federal, não apenas a observância das formas legais na tramitação do processo, mas também, e principalmente, que seja propiciado às partes a plena defesa dos seus interesses, e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais daquelas.

¹³ A validação de uma norma, na lição de Kelsen (*Teoria pura do direito*. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 268), somente pode ter por fundamento a validade de uma outra norma, designada de norma superior.

¹⁴ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 23 e 24.

A principal essência do aludido princípio, portanto, e principalmente no campo penal, é justamente permitir ao julgador que busque a verdade real, a fim de que possa, com justiça e segurança, aplicar a pena. É exigência também de outro princípio, o da segurança jurídica.

Na busca da verdade real o julgador pode, inclusive, na seara processual penal, determinar *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal, sendo que tais provas podem ser perseguidas pelas ciências afins ao Direito Penal, como a sociologia, psicologia, psiquiatria forense, criminologia, e outras mais. Desta forma, tais ciências, ainda que não façam parte do Direito Penal, com ele se relacionam estreitamente, auxiliando na certeza que deve haver para a aplicação da pena, muitas vezes influenciando diretamente ou quase que exclusivamente nesta, motivo pelo qual não podemos divorciá-las do sistema, quando voltadas para o perfeito funcionamento deste.¹⁵

Há que se modernizar o conceito de sistema jurídico, uma vez que o significado de cada parte que o compõe é dado pelo todo a que pertence, da mesma maneira que uma modificação qualquer de suas partes repercute sobre o todo. O sistema compreende o todo, e o todo aqui não é apenas a norma, mas também tudo o que contribui para que esta seja aplicada observando-se o devido processo legal, a certeza do direito e, principalmente, a segurança jurídica.

¹⁵ Paulo de Barros Carvalho (*Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 1985, pp. 72-73), afirma que existe um princípio que é pressuposto de todos os outros princípios existentes no ordenamento jurídico, principalmente os constitucionais, que é o princípio da certeza do direito. Segundo ele, trata-se, na verdade, de um sobreprincípio que se localiza acima de todos os primados, regendo toda e qualquer porção da ordem jurídica. Como valor supremo do ordenamento jurídico, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que possa ser. Afirma que a certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica. Exemplifica dizendo que na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, dando exemplo de Lourival Vilanova, que A possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu. Afirma que o princípio da certeza jurídica é implícito, mas que todas as magnas diretrizes do ordenamento operam no sentido de realizá-lo.

2. A NORMA PENAL

A palavra norma vem do latim “norma”, que significa esquadro, régua, e revela, no campo da conduta humana, a diretriz de um comportamento socialmente estabelecido. Este é o motivo pelo qual o adjetivo normal refere-se a tudo que seja permitido no mundo humano, no mundo ético. Anormal é a propriedade daquilo que se mostra contrário às concepções admitidas em determinado momento histórico.

Sendo a norma na seara do comportamento humano a prática direcionada ao socialmente permitido, na esfera jurídica podemos conceituá-la como um preceito obrigatório, imposto ou reconhecido como tal pelo Estado e, especificamente na esfera penal, “toda norma jurídica que prevê determinado comportamento humano, e também o proíbe, estatutando uma pena para quem violar a proibição”.¹⁶

Existe o entendimento de que norma penal e lei penal, no direito positivo, são expressões que se equivalem, afirmando que a primeira só existe fisicamente se decorrer da segunda. Por isso é que acreditamos que o conceito de norma penal dado por Aníbal Bruno¹⁷ é o que mais se aproxima da exatidão. Afirma o citado mestre que norma penal

“[...] é a norma de Direito em que se manifesta a vontade do Estado na definição dos fatos puníveis e cominação das sanções. Definida assim, é a norma incriminadora, norma penal em sentido estrito. Mas normas penais são também aquelas que completam o sistema penal com seus princípios gerais e dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras”.

Quando essa sanção consiste em uma pena, no sentido específico da palavra, ou seja, sanção autônoma, independente e dirigida a restrição ou supressão imediata de direitos relacionados com a liberdade individual, ainda que indiretamente, como no caso da multa, estaremos diante de uma norma penal, que modernamente se divide em norma primária, ou de conduta, e norma penal secundária, ou de sanção. Na norma penal primária, o preceito contém o mandamento de proibição, e nele “se exprime a vontade estatal de estender a determinados bens jurídicos a proteção penal, proibindo ou ordenando atos, em conformidade com essa proteção”.¹⁸ Já na norma secundária, de sanção, está estampada a pena, a coercibilidade do preceito.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, vol. 1, 1997, p. 22.

¹⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 1967, p. 181.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

Sobre o assunto, Frosali¹⁹ assevera que:

Questo imperativo di condotta (precetto primario) comunemente non è espresso in modo diretto, ma risulta "implicito" nella norma: es., nell'art. 575 cod. pen., il precetto 'non uccidere' è insito – implicitamente – nella disposizione "Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito...". Talvolta è direttamente espresso, come nell'art. 38 legge di P. S. (r. d. giugno 1931, n. 733): Chi detiene armi deve denunciarle ... Ma abbiamo sopra enunciado (n. 66) che uma legge assume carattere penale per il carattere penale della sua sanzione; onde risulta che altro elemento essenziale di ogni norma penale è "la sanzione" (criminale: v. n. 66), che per ora (ai fini della attuale indagine) possiamo genericamente individuare nelle 'conseguenze giuridiche penali' ('rectius': criminali: v. n. 66) 'dalla legge predisposte per la violazione del precetto primario della norma'".

Na atual técnica legislativa penal não se encontram mais comandos diretos, como “não furtarás”, mas sim um preceito “subtrair para si ou para outrem”, e a sanção, “reclusão de um a quatro anos, e multa”.

Com base nas considerações acima feitas sobre o conceito de norma penal poderíamos fazer a seguinte indagação: a norma penal é meramente proibitiva ou também pode ser determinativa? No decorrer da evolução histórica da norma penal diversas posições foram adotadas a respeito do tema, ora considerando-a como meramente proibitiva ora prescritiva. Modernamente a melhor resposta é aquela que tem na norma penal um instrumento de delimitação entre o poder de intervenção do Estado e a liberdade individual, podendo, nesse contexto, e em razão da sua utilidade social, ser tanto proibitiva quanto impositiva.

Dentre as diversas espécies de normas, a norma penal é a mais grave e drástica existente no ordenamento jurídico.

Se por um lado o Estado restabelece a pacificação do convívio social, impondo uma norma de caráter eminentemente interventivo e repressivo, ainda que sob a máscara da prevenção, do outro restringe, em nome dessa própria harmonia, o direito mais precioso de qualquer indivíduo, que é a sua liberdade.

Porém, esse é o preço de se viver em sociedade; a partir do momento em que o Estado, pelo seu poder soberano de punição, coíbe, ou ameaça de coibição, alguém de sua liberdade, está pondo em prática uma legitimidade que lhe foi, de alguma forma,

¹⁹ FROSALI, Raoul Alberto. *Sistema penale italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. 1, 1958, p. 162-164.

outorgada, pois, com exceção dos estados autoritários, seria inconcebível um poder repressor sem uma anterior legitimidade que o autorizasse.

E de onde vem essa legitimação? Podemos localizar a resposta na Constituição Federal, que ao declarar no seu artigo primeiro que a República Federativa do Brasil constitui um Estado de Direito Democrático, afirma o “poder de decidir” do Estado que, conforme Miguel Reale²⁰, “em última instância é um poder, ou, mais exatamente, é um poder-dever integrado no ordenamento jurídico, segundo o que neste estiver estabelecido quanto à extensão da competência, os modos de exercício e os fins objetivados, sem o que não haveria *legitimidade*”.²¹ Acrescenta Reale que a Ciência Jurídica analisa o poder do povo em seu momento culminante quando já não se exerce mais como poder sem controle, mas como poder concretizado em “relações jurídicas”, como um “complexo de competências que, de maneira precípua, se destina a decidir sobre a positividade do Direito”.²² Encontramos aqui, portanto, o fundamento da legitimidade da norma penal: a vontade popular.

Aliás, a idéia da legitimação popular da norma foi afirmada inicialmente por Rousseau, para quem “o fundamento de qualquer poder político é a vontade geral, cujo suporte formal é o Contrato Social”.²³

Os legisladores, proclamando a lei, nada mais fazem do que atuar com representação popular, fazendo valer o mandato no qual foram investidos. Esta é a essência da democracia representativa.

Por isso mesmo, Sebastian Soler²⁴ ensina que as leis penais marcam o limite de todo o sistema de valores e expressam ou traduzem uma opção definitiva, afirmando ainda que:

[...] en una palabra, de todo un sistema jurídico el derecho penal, esto es, el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva, es el que está más cerca de las ideas y de los sentimientos profundos, conscientes o no, del legislador. Las leyes penales son un retrato, una buena expresión de las

²⁰ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 341.

²¹ Afirma Miguel Reale (Op. cit. p. 339-340), com muita propriedade, que nada o convence da possibilidade de um Direito automaticamente objetivado, sem a participação criadora dos que se encontram à teste do destino dos Estados. Dizendo ainda que não existem meios de admitirmos um puro sistema de normas suspenso no mundo das formas, desligado das situações sociais e dos comportamentos humanos e, por conseguinte, cego para o reino dos valores.

²² REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*, p. 341, nota 21.

²³ ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 45.

²⁴ SOLER, Sebastian. *Bases ideológicas de la reforma penal*. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1966, p. 8 e 9.

fuerzas espirituales impulsoras de un pueblo y su máximo riesgo, porque las posiciones metafísicas y políticas repercuten allí directamente. A un estado siempre se puede decir: muéstrame tuas leyes penales, porque te quiero conocer a fondo.

3. O DIREITO PENAL E O SISTEMA PENAL

A norma penal, dentro do universo jurídico próprio, faz parte, como vertente embaixadora, de um sistema complexo, que se interliga e ramifica em diversas ciências afins.

Com efeito, o fenômeno do delito, na sua acepção genérica, não pode ser aferido única e basicamente com fundamento na tipologia, sob pena de se moldar uma forma rígida de tratar o delinquente. Não! O crime é bem mais complexo, e tanto na sua persecução, como na execução da reprimenda, e até na prevenção, diversas forças científicas estão a atuar.

O Direito Penal costuma ser visto como um conjunto de normas jurídicas que definem crimes e impõem sanções, estruturando genericamente essas reprimendas, e ainda regulando-lhe a aplicação e execução.

Para nós, no entanto, e principalmente para o objetivo deste trabalho, temos que o Direito Penal é muito mais que um mero conjunto de normas jurídico-criminais, mas sim um universo particular onde a lei penal autoriza, legitima e limita a intervenção de uma série de ciências que auxiliam no tratamento sintomático do fenômeno criminógeno.

Jorge Figueiredo Dias²⁵, baseando-se na lição de Franz von Liszt, denomina esse conjunto de enciclopédia das ciências criminais, elencando, como disciplinas de alguma forma relacionadas ao crime, as seguintes: “a sociologia criminal, a antropologia criminal, a psicologia criminal, a psiquiatria criminal, a caracterologia criminal, enfim, mesmo a genética criminal”.

Afirma ainda aquele penalista português que a ciência estrita do direito penal não pode desconsiderar os conhecimentos oriundos de todas aquelas ciências, ressaltando que para a compreensão científica da tarefa de aplicação do direito penal

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, pág. 22.

não é suficiente apenas o conhecimento das normas jurídico-penais, tornando-se antes disto sempre indispensável o domínio das contribuições que as diversas ciências criminais podem validamente fornecer.²⁶

Aquele universo próprio, onde a lei penal reina, forma, para nós, o chamado Sistema Penal, que é o conjunto de políticas institucionalizadas, que tem por finalidade, no sentido genérico, prevenir, apurar e aplicar a lei penal.²⁷ Essas funções são exercidas por instituições do Estado, motivo pelo qual Zaffaroni e Pierangeli²⁸ denominam o Sistema Penal de “controle social punitivo institucionalizado”, afirmando que ele, na prática:

“[...] abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação”.

Dissemos alhures que o Direito Penal faz parte de um universo próprio, o Sistema Penal. Dentro desse universo colocamos as ciências penais afins, mencionadas anteriormente, e ainda o sistema penal. O centro do Universo Penal, o seu astro principal em torno do qual todos gravitam é, inexoravelmente, a lei penal, no sentido mediato, e imediatamente falando, o crime. Neste sentido, Zaffaroni e Pierangeli²⁹ asseveram que “a lei penal marca um âmbito dentro da qual o sistema penal de que forma parte pode selecionar e criminalizar pessoas”.³⁰

²⁶ Op. Cit, pág. 81, nota 25.

²⁷ Maurício Antônio Ribeiro Lopes (*Princípios políticos do direito penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 36-7), relaciona as instituições do Estado que formam o sistema penal, dizendo que a atividade preventiva da criminalidade é realizada pelas polícias militares, que fazem o policiamento ostensivo. À polícia civil cabe a apuração das infrações penais e polícia judiciária, iniciando a persecução penal pelo inquérito policial e pelo auto de prisão em flagrante. Atuando ora como titular da acusação, outras vezes como fiscal da lei, o Ministério Público intervém na persecução penal. Ao Poder Judiciário cabe o controle da legalidade das detenções, bem como o poder de condenar ou absolver o réu. Ser condenado a pena privativa de liberdade, entra em cena a autoridade penitenciária onde a pena será executada. Delimitando desta forma os estágios de submissão do indivíduo até a execução da reprimenda legal, ele identifica com precisão as seguintes instituições formadoras do sistema penal: a policial, a judiciária, o Ministério Público e a penitenciária.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 70.

²⁹ Idem, ibidem, p. 81.

³⁰ Logo em seguida a essa afirmação, Zaffaroni e Pierangeli (Op. cit. p. 81-84) afirmam que o sistema penal ultrapassa o âmbito demarcado pela lei penal na realidade social, fazendo-o mediante outros pretextos não penais, como os contravencionais, averiguação de antecedentes, etc., bem como através da abstenção, não criminalizando a todos que praticam condutas ameaçadas penalmente. Com isso, afirmam eles, o sistema penal opera em grande parte fora do âmbito delimitado pela lei penal, e sim dentro de uma demarcação própria e diferente, desinteressando-se do limite imposto pela lei penal, reprimindo o que o direito penal desautoriza e deixando de reprimir o que é ordenado.

Fernando Fernandes³¹ afirma, sobre o assunto, que em Direito Penal o método sistemático é reforçado pelo princípio do *nullum crimen sine lege*, conduzindo à existência de uma dogmática jurídico-penal, e é essa dogmática, previamente estruturada com princípios e elementos próprios, que assegura e informa o sistema jurídico-penal. Como elementos exemplifica com a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, e como princípios, o da ofensividade, ou lesividade, o da culpabilidade e o da responsabilidade pessoal.

Com base nas lições já citadas de Canaris e Lourival Vilanova verificamos que o Sistema Jurídico é um sistema aberto às transformações ocorridas em razão da dinâmica histórico-social e jurídica. Com o Sistema Penal não poderia ser de outra forma. Em que pese a sensibilidade deste sistema, tendo em vista os valores por ele tutelados bem como a severidade das consequências de sua atuação, não se pode concebê-lo como um todo hermético, como queria Liszt:

“Enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio ilimitado do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá a sua importância política.”³²

Roxin critica, com razão, a posição adotada por Liszt, de que o Sistema Penal é um sistema fechado, argumentando que ele isola a dogmática das decisões valorativas, e também da realidade social, ao invés de abrir-lhe os caminhos até elas.³³

Com efeito, na atual concepção do Direito Penal não podemos negar a influência que o meio social tem na reabilitação do criminoso, e ainda a verificação, pela experiência, de que a imposição forçada de um tratamento estatal recuperador pouco ou nada contribui para a tão falada “ressocialização”. No atual estágio evolutivo do Direito Penal a contribuição dada pela Política Criminal é de suma importância, não no sentido de alterar o sistema, mas sim de criticá-lo para, com isso, tentar encontrar soluções adequadas e diferenciadas no tratamento com o delinqüente.

³¹ Op. Cit. Pág. 27, nota 14.

³² LISZT, Fran von. *Strafrecht. Aufsätze und Vorträge*. Apud ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4.

³³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. p. 23.

Mais uma vez Roxin³⁴, com sua maestria peculiar sobre o assunto, assim expõe:

“De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de providência liszztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (*kriminalpolitische Zweckmäßigkeit*) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito. Isto fica especialmente nítido hoje em dia, na reforma do sistema das sanções e da execução penal: ressocialização não significa usar de penas indeterminadas ou colocar os condenados à disposição do tratamento forçado estatal. A reforma só fará justiça ao encargo constitucional se fortalecer, através da introdução dos modernos métodos terapêuticos-sociais, a posição jurídica do aprisionado, se der uma estrutura jurídica à figura pouco explicável da relação especial de poder.”

A razão de existência da lei penal é o crime. Ela previne, genericamente, ao pairar sobre todos preventivamente. Por meio da coação incute na consciência coletiva a noção do proibido, com a esperança de, preventivamente, impedir que condutas anti-sociais sejam praticadas e bens jurídicos protegidos expostos a perigo ou lesionados. Logo, o crime, o delito, é a razão de ser de toda a estrutura penal, do sistema penal, das enciclopédias penais; estas se situam em torno do crime e existem em razão deste, logo, o pressuposto para que atuem é a existência de um tipo formalmente perfeito, criado de acordo com as regras legislativas próprias e livres de vícios.

A definição legal da conduta proibida é que permite delimitar quais são os bens jurídicos que a lei penal agasalha.

Desta forma, a norma incriminadora constitui um imperativo legal (mandato/proibição) que a todos se dirige, impondo modos de agir e, desta forma, regulando a vida do homem em sociedade.

Afrontada a norma penal, praticado o crime, o transgressor submete-se ao império da lei, e só aí passa a atuar o sistema penal, com a sua persecução institucional, bem como as ciências sociais afins ao direito penal, a criminologia, a psicologia forense, e outras. Logo, confirma-se o que dissemos alhures de que o centro de todo esse universo é a lei penal. Sem ela, definindo o que é crime, e a prática deste concretamente,

³⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal.*, p. 20-21.

não há a ingerência do sistema e, por outro lado, mesmo que a lei exista, mas seja formalmente imperfeita, falha, viciada, a interferência daquele sistema também será vicioso, ilegal, prejudicial, obrigando o Estado, inclusive, a indenizar.

Jesús Maria Sanchez³⁵ também aponta a permeabilidade do sistema penal atual às investigações das ciências sociais, afirmando, portanto, a presença destas no sistema:

Pues si, ciertamente, el sistema del Derecho penal en la actualidad da entrada en su seno al pensamiento problemático, a las valoraciones de la Política criminal y a los resultados (a veces, incluso al método) de las investigaciones propias de las ciencias sociales, no parece tan sencillo advertir en él una conformación reaccionaria o contraria a los avances obtenidos en el tratamiento de los problemas penales de la sociedad.

4. A CONSTITUIÇÃO COMO LEI FUNDAMENTAL DO ESTADO

Toda sociedade politicamente organizada possui uma estrutura, ainda que mínima, a coordenar-lhe. Trata-se da Constituição, que na sua acepção política, estrutura e organiza o Estado.

Assim, materialmente falando, a Constituição pode ser conceituada como o conjunto de normas referentes à organização do poder dentro do Estado, à distribuição das diversas competências, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana e garantias que assegurem esses direitos, tanto individuais como sociais.³⁶

O vocábulo Constituição vem do latim *cum + stituto, constitutio, constituere*, que possui como significação constituir, construir, edificar, formar e organizar. Tem como sinônimo a palavra compleição, que também possui o conceito de um todo formado, estruturado, ordenado, isto é, de unidade na multiplicidade.

Desta forma, a palavra constituição apresenta-se com mais de um sentido, podendo ser dito que no sentido amplo todos os seres apresentam uma constituição que os identifica, e no sentido restrito que é o modo pelo qual uma sociedade busca a sua estruturação.

³⁵ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992, p. 102.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1988, p. 63.

Por isso mesmo Pinto Ferreira afirma que “Prélot define historicamente o direito constitucional como sendo: o conjunto das regras jurídicas concernentes, em regime liberal, à organização dos poderes públicos e dos direitos dos indivíduos”.³⁷

Na verdade, as constituições escritas são frutos da época moderna, decorrente de idéias iluministas e de teorias inspiradas nesse movimento que tinham como base a necessidade de um processo racionalizador de controle do Estado.

Por ser a Constituição o alicerce da lei de uma nação, podemos conceituá-la ainda como uma força ativa, que faz, por exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas do país a ela se submetam, impedindo, destarte, que nenhum indivíduo possa decretar leis advindas de meros devaneios.

Aristóteles conceituava a Politéia (Constituição) como sendo a ordem da vida em comum, com existência natural entre os homens de uma cidade ou de um território, ou simplesmente, a ordenação dos Poderes do Estado.

No termo jurídico-político, a Constituição vem a ser a lei fundamental do Estado, lei esta, no regime democrático, imposta pelo povo pelos seus representantes. Desta forma, a Constituição de um país, antes de ser a força política estruturante do Estado, vem a ser a grande lei de proteção de todo o povo de uma nação.

Com base na afirmação acima, bem como em razão da influência direta da Constituição na formação do sistema punitivo de um Estado, temos que a definição dada por Canotilho³⁸ é a que mais se aproxima ao objetivo deste trabalho, ao dizer que:

“Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”.

Mais adiante, Canotilho³⁹ afirma que o direito constitucional é considerado como um direito para o político, que através de regras escritas firma um estatuto jurídico do político, através de quatro situações singulares, quais sejam: (1) ao definir os princípios políticos constitucionalmente edificadores, como, por exemplo, o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, o princípio pluralista; (2) ao prescrever a forma e estrutura do Estado e a forma e estrutura de governo; (3) ao estabelecer as competências e as

³⁷ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 4.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 13.

³⁹ Idem, ibidem, p. 35.

atribuições constitucionais dos órgãos políticos do Estado; (4) ao determinar os princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das tomadas de decisões por parte dos órgãos político-constitucionais.

Na esteira das idéias de Canotilho, podemos afirmar que, ao se destinar ao político, eis que o Poder Constitucional é um poder outorgado, a Constituição fixa sua característica básica, a supremacia.⁴⁰ Essa supremacia é buscada na fonte do seu poder legitimador, ou seja, o Poder Constituinte.

Poder constituinte é, como o próprio nome diz, a capacidade de criar, instituir, construir alguma coisa, ter atribuições constituídas pelo povo e/ou pelo governo para elaborar, redigir ou reformar a Constituição, ou ainda ao poder de constituir um Estado, quando tem o nome de poder Constituinte originário, para distinguir-lhe de um outro poder constituinte, o derivado, ou reformador, cuja função não é criadora, mas sim modificadora, de alteração.

O poder constituinte originário, na sua versão clássica, é de origem francesa e está vinculado às manifestações revolucionárias, visando a consagrar no novo texto constitucional as profundas alterações que a Revolução Francesa de 1789 produziu na estrutura social, econômica e, sobretudo, na relação de poder do Estado com seus súditos.

Admitir a existência de um Estado contemporâneo implica em reconhecer a existência de um poder constituinte, uma vez que não se pode entender qualquer núcleo estatal desprovido desse poder, pelo menos nos Estados democráticos.

O poder constituinte originário, com sua função criadora, pertence ao indivíduo, ao agrupamento social no qual se solidifica, em um dado instante, a noção de Direito; desta forma, seu titular é o povo, que o concretiza numa assembléia nacional constituinte.

⁴⁰ Aliás, com o surgimento, no século XVIII, de um movimento revolucionário mais tarde denominado de Constitucionalismo, criou-se uma situação favorável para o início de um novo referencial concreto do poder soberano do Estado, em vez do clássico *l'État c'est moi* ("O Estado sou eu") do Rei Luís XIV, o advento do texto constitucional. O rei teocrático do Ancien Régime ("Antigo Regime") é substituído por uma Constituição Escrita. Toda autoridade, a partir de então, somente encontra fundamento nesta Constituição escrita. O poder soberano deixa de ser personalizado, nenhuma pessoa (física ou jurídica, de direito público ou privado) encarna a soberania, todos os súditos do Estado ficam limitados, expressa ou tacitamente, pelas normas constitucionais. É o texto constitucional que passa a estabelecer o que cabe a cada um fazer, ou seja, a repartir competências entre as diversas pessoas que compõem o conceito de Estado Contemporâneo.

Sendo o povo titular daquele poder, obviamente, podemos afirmar que o Estado somente possuirá legitimidade constitucional se abrigar em seu seio a observância aos direitos e garantias fundamentais como pressuposto das relações sociais e jurídicas que nele se desenvolvem.⁴¹

Estas reservas do povo em face do Estado, inseridas na Constituição pelos seus representantes eleitos, fazem parte da noção de Estado Democrático de Direito, que é aquele onde permanece o império da lei e são respeitados os direitos essenciais de todos os componentes da teia social.

Assim, a Constituição é suprema, elevada, pela suprallegalidade constitucional ao ponto mais alto do ordenamento jurídico constitucional, dotando-a de caráter soberano e dando validade às demais normas do ordenamento jurídico com ela compatíveis.

5. A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL

Situando-se no ápice da pirâmide de Kelsen, a Constituição dá validade às normas jurídicas do Estado e, inclusive às normas penais. Com efeito, o Direito Penal ocupa uma posição secundária no ordenamento jurídico, igual ao administrativo, tributário, etc. Por sobre eles paira o Direito Constitucional, com suas normas soberanas, estabelecendo as condições sob as quais o Estado deve exercer o poder sancionador.

Desta forma, a base do Direito Penal é, indubitavelmente, a Constituição, possibilitando a correlação entre ambos pelo estudo sistematizado, conforme Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁴², sob três ângulos: o dos princípios constitucionais do Direito Penal; o da correspondência estabelecida entre princípios específicos e institutos próprios do Direito Constitucional e a operacionalização do Direito Penal; e ainda o estudo da teoria dos delitos constitucionais, ou “Direito Penal Constitucional”.

⁴¹ O constitucionalismo brasileiro nasceu em Portugal, após a revolução de 1820. Isto porque para a elaboração da Constituição de 1822, foram eleitos deputados das províncias brasileiras do então Reino de Portugal, Brasil e Algarves. Sob o ponto de vista jurídico-político, no entanto, a base do nosso constitucionalismo é de origem norte-americana. Efetivamente, com a proclamação da República, em 1889, os constituintes de 1890 e 1891 procuraram “copiar” a matriz adotada pelos Estados Unidos e que serviu de molde para outros Estados latino-americanos, para a Suíça e, no pós-Segunda Guerra Mundial, para o Japão e outros Estados Asiáticos.

⁴² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria constitucional do Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 34-5.

Interessa-nos, para o desenvolvimento deste trabalho, especificamente, o estudo de alguns princípios constitucionais de Direito Penal, principalmente o princípio da legalidade dos delitos e das penas, ao qual será dedicado capítulo próprio diante da sua importância para o tema proposto.

Possuindo as normas penais, na sua maioria, função eminentemente preventiva⁴³, a relação do Direito Penal com a Constituição é bastante estreita, já que esta, como visto, envolve os princípios fundamentais do Estado, e estes são impostos pelo povo, por meio do poder constituinte.

Como bem ensina Jakobs⁴⁴, o Direito Penal se legitima formalmente mediante a aprovação das leis penais conforme a Constituição.

Mas a relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, como dito anteriormente, pois a Constituição Federal constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.⁴⁵

Não estamos falando de Constituição como fonte de produção do Direito Penal, papel de suma importância e que também possui⁴⁶, mas sim como legitimadora das leis penais, papel que lhe imprime, primordialmente, ao estabelecer, como direito fundamental do indivíduo, o princípio da legalidade dos delitos e das penas.

Essa aproximação da Constituição com o Direito penal também é evidenciada

⁴³ Francisco de Assis Toledo (*Princípios básicos de Direito Penal*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3-4) ensina que a finalidade preventiva do ordenamento jurídico penal se divide em prevenção geral e prevenção especial: a prevenção geral se dá, segundo ele, através da cominação de penas, para o comportamento tipificado como ilícito penal, quando o legislador visa “atingir o sentimento de temor (intimidação) ou o sentimento ético das pessoas” com a finalidade de se evitar a conduta proibida; já a prevenção especial surge quando a geral falha e a conduta proibida é praticada, transformando-se a pena abstratamente cominada ao delito, através da sentença criminal, em realidade concreta, e passando, na fase de execução, a atuar sobre a pessoa do condenado.

⁴⁴ JAKOBS, Ghünter. *Derecho penal – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44.

⁴⁵ ZAFFARONI e PIERANGELI. Op. cit. p. 135, nota 28.

⁴⁶ Segundo ZAFFARONI (op. cit. p. 126-132, nota 28), as fontes do direito penal podem ser vistas sob diferentes formas. Em primeiro lugar como fontes de produção da legislação penal, ou seja, dos órgãos capazes de produzir a legislação penal. Depois, como fontes de conhecimento da legislação penal, significando os elementos legislativos que o saber jurídico-penal deve interpretar e explicar. Em terceiro lugar, como fontes de conhecimento da ciência (ou saber) jurídico-penal, que são a legislação e qualquer outro dado ou informação (fático ou valorativo) que o saber penal deve tomar em conta para elaborar seus conceitos.

por Palazzo⁴⁷, quando afirma:

“Continuando com *as indicações constitucionais de conteúdo*, no sentido da limitação da intervenção penal, passamos, agora, àquelas considerações em torno da parte especial... E, de fato, quanto mais se manifesta possível a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados como objeto da tutela penal, tanto mais penetrante será a influência da Constituição no sistema e, antes de tudo, na política criminal do ordenamento.”

O fundamento constitucional do Direito Penal aponta, portanto, no sentido de que as normas que o constituem ou são elas próprias normas formalmente constitucionais ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição, como regra geral, não possui normas penais completas, uma vez que não tipifica condutas e nem as censura por meio de pena ou medida de segurança, mas contém disposições de Direito Penal que determinam em parte o conteúdo de normas penais. Muito embora recentes textos constitucionais, como o brasileiro, sem estabelecer em todos os seus limites a conduta humana sujeita à incidência da norma penal, indica-a, em termos amplos, como de obrigatória especificação pelo legislador, como, por exemplo, tortura, racismo, tráfico de entorpecentes.⁴⁸

6. A CONSTITUIÇÃO E OS BENS JURÍDICO-PENAIIS.

O Direito Penal tem como função primeira a indispensável proteção de bens jurídicos essenciais.

Mas o que vêm a ser bens jurídicos?

Von Liszt⁴⁹ nos dá com precisão a definição de bem jurídico, dizendo serem interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. Acrescenta que o ordenamento jurídico não cria o interesse; cria-o a vida, elevando, a proteção do Direito, aquele interesse vital a bem jurídico.

⁴⁷ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 84.

⁴⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos de direito penal*. p. 199.

⁴⁹ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Réus, tomo I, 1929, p. 6.

A mesma definição se encontra em Welzel⁵⁰, para quem o bem jurídico é “um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”.

Já Jescheck⁵¹ compreende como bens jurídicos aqueles cuja convivência humana em sociedade tornam indispensáveis, devendo ser protegidos pelo Estado, mediante coação e imposição de pena. Exemplifica, como bens jurídicos elementares, a vida humana, a liberdade pessoal de ação e movimento, a propriedade, o patrimônio, a integridade física, a ordem constitucional, a paz pública, a segurança exterior do Estado, a integridade moral dos funcionários, a inviolabilidade dos órgãos estatais estrangeiros, a paz pública, a segurança das minorias nacionais étnicas ou culturais contra o extermínio ou o tratamento e a paz internacional.

Portanto, bens jurídicos penalmente protegidos são, numa análise mais clara, todos aqueles imprescindíveis para a convivência harmônica em sociedade.

Porém, não basta a definição de bem jurídico como função reguladora de pacificação social, que todos possuem e por isso todos devem respeitar para que o Direito Penal o acolha. As categorias erigidas ao nível de bens jurídicos merecedores de proteção devem ser previstos na Constituição do Estado, não havendo a necessidade da sua previsão expressa, mas bastando que este esteja na linha axiológica constante do texto constitucional. Basta, portanto, que seja constitucionalmente valorado, ainda que indiretamente, para que seja protegido.

Outra não é a lição de Roxin⁵², que ao ensinar que o bem jurídico deriva da Constituição, com muita propriedade, afirma:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante politicocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema[...].⁵³

⁵⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1976, p. 15.

⁵¹ JESCHECK, Hans H. *Tratado de derecho penal*. Granada: Editorial Conares, 1993, p. 6.

⁵² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, tomo I, 2000, p. 55-56.

⁵³ Grifo no original.

Devemos portanto identificar, inicialmente, a existência de bens jurídicos no texto constitucional pois, a partir daí ele se irradiará para as normas penais infraconstitucionais, limitando a atividade punitiva do Estado e garantindo o indivíduo contra aquela intervenção abusiva, eis que pela função de garantia o Estado somente poderá punir as condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos.⁵⁴

A Constituição é clara na identificação dos bens jurídicos objetos de tutela, não diz especificamente que devem ser tutelados pelo Direito Penal mas os relaciona genericamente, motivo pelo qual podemos deduzir que seu amparo deve ser pleno, por todo o ordenamento jurídico e, setorialmente, na medida das suas atribuições, por cada ramo do direito.

Desta forma, elenca a Carta Magna, no *caput* do seu artigo 5.º, os seguintes gêneros de bens jurídicos: a igualdade, o direito à vida, o direito à liberdade, à segurança e a propriedade.

Dissemos que aqueles bens jurídicos são gêneros dos quais derivam diversas espécies. Assim, para o Direito Penal, do direito à vida deriva o direito de não ser morto e, conseqüentemente a proibição de não matar; ainda do direito à vida deriva o direito à incolumidade física e, portanto, a proibição de não lesionar ninguém; do direito à propriedade deriva a proibição da subtração e coisa alheia móvel; direito à igualdade deriva a proibição de discriminação racial, etc.

Podemos catalogar, portanto, todos os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, em quatro gêneros: igualdade, vida, liberdade, segurança e propriedade. Desses gêneros derivam centenas de espécies de bens jurídicos, protegidos primeiro pela Constituição Federal, eis que a origem de todos é justamente a Lei Maior, mas também por normas infraconstitucionais, como dito alhures.

Assim, podemos afirmar com precisão, que a fonte primária do bem jurídico é a Constituição, daí ele se irradia para as outras áreas do Direito e, principalmente, para o Direito Penal, observada a regra imperativa do princípio da legalidade e das penas insculpada no artigo 5.º, inciso XXIX da Carta Magna.

⁵⁴ Não existe um consenso entre os doutrinadores a respeito das funções do bem jurídico. A unanimidade, pelo que observamos, existe apenas em relação à função de garantia que exerce o tipo penal, justamente correspondente à idéia de limitador da intervenção estatal.

Capítulo II

OS PRINCÍPIOS PENAIS ESTRUTURANTES

1. Os princípios e o ordenamento jurídico – 2. Os direitos fundamentais: 2.1. Direitos fundamentais – evolução histórica; 2.2. Evolução histórica no Brasil – 3. O desenvolvimento dos direitos fundamentais – 4. O princípio da reserva legal dos delitos e das penas: 4.1. Fundamento; 4.2. Histórico; 4.3. Aspecto político; 4.4. Aspecto jurídico; 4.5. Reserva de lei e medida de segurança; 4.6. Reserva de lei e proibição de retroatividade; 4.7. Reserva de lei e proibição de analogia; 4.8. Reserva de lei e costumes; 4.9. Reserva de lei e proibição de leis penais e penas indeterminadas; 4.10. Reserva de lei e culpabilidade; 4.11. Reserva de lei e normas penais não incriminadoras; 4.12. Reserva de lei e o princípio da legalidade; 4.13. Reserva de lei e o tipo aberto; 4.14. Reserva de lei e a norma penal em branco – 5. Princípio da lesividade – 6. Princípio da proporcionalidade – 7. Princípio da intervenção mínima.

1. OS PRINCÍPIOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico estrutura-se, como dito alhures, por meio de um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente, buscando as normas inferiores sua validade nas superiores, e assim sucessivamente, até as normas de cunho constitucional.

A Constituição, portanto, ao ocupar o patamar mais elevado do ordenamento, fundamenta a validade das demais normas. Assim, qualquer norma será considerada válida se estiver em sintonia com as normas constitucionais.

Quando uma norma inferior contraria a Constituição, surge o fenômeno da inconstitucionalidade, que pode ser material, quando o conteúdo da norma inferior não se compatibiliza com a regra ou princípio constitucional, e formal, quando a norma inferior for editada com vício de iniciativa ou sem a observância da forma procedimental-constitucional estipulada para tanto.

Desta forma, e também em virtude da sensibilidade que deve haver ao se editar normas infraconstitucionais, dizemos que a Constituição é a lei suprema e fundamental do Estado.¹

Conforme Canotilho², essa superioridade constitucional em relação às demais normas dá-se de três formas:

“(1) as normas de direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (*norma normarum*), afirmando-se como fontes de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a Constituição”.

Porém, mesmo na Constituição existem normas de maior e menor importância, vinculando algumas simples regras ou programas e outras verdadeiros princípios, que são as diretrizes, o rumo do ordenamento jurídico. Tais princípios possuem naturezas diversas, inclusive penais, e são, no conjunto das normas constitucionais, extremamente vinculantes, estruturando todo o sistema.

A palavra princípio deriva do latim *principium*, significando começo, origem, início.

Princípio é o amálgama do ordenamento jurídico, eis que consolida a interpretação e aplicação da lei, sendo, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³, o alicerce e mandamento nuclear de um sistema que se irradia sobre normas diversas “compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

¹ A Constituição brasileira é rígida, o que firma a sua supremacia, uma vez que somente pode ser emendada por meio de um procedimento especial (art. 60, incisos I a III e §§ 1.º a 5.º), não bastando, porém, a observância de tal procedimento, devendo ser respeitadas as cláusulas imodificáveis da Carta, ou cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, incisos I a IV), não podendo ainda ser emendada na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 141.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 545.

Jorge Miranda⁴, do mesmo modo, afirma:

“A ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente.”

Assim, percebe-se que o princípio jurídico não vive em isolamento, ele faz parte de um todo harmônico, relacionando-se com outros princípios e normas e servindo não apenas como função exegética, mas também como garantidor da aplicação dos mandamentos constitucionais.

A função de garantia da aplicação dos mandamentos constitucionais é conferida ao princípio jurídico em razão da sua inquestionável normatividade, bem como da sua constitucionalização.

A função normativa do princípio, que lhe dá juridicidade, já era reconhecida por Esser, conforme ensina Paulo Bonavides⁵, que afirmava atuar o princípio normativamente, sendo o ponto de partida (“starting point”), que se abre ao desdobramento judicial de um problema.

Mais adiante, Paulo Bonavides⁶ afirma que contemporaneamente os princípios são valorados como normas-chaves de todo o sistema jurídico, sendo a sua normatividade a mais alta de todo o sistema, e “quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica”.

A violação de um princípio jurídico põe em risco toda a estrutura jurídica, eis que ofende não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas toda uma estrutura de comandos, sendo “a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.⁷

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, 1991, p. 226 e 227.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 243.

⁶ Id. Ibid., p. 257 e 258.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 546, nota 3.

A supremacia dos princípios constitucionais é tão significativa que a Carta Magna, no seu artigo 34, possibilita a intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal para assegurar a observância dos princípios constitucionais da forma republicana, sistema representativo e regime democrático, da autonomia municipal, dos direitos da pessoa humana, e da prestação de contas da administração pública direta e indireta.

Fixada a importância que os princípios têm dentro do ordenamento jurídico-constitucional, podemos dar o próximo passo no desenvolvimento da pesquisa, tratando dos princípios que estruturam o sistema jurídico-penal. É óbvio que não pretendemos tratar aqui de todos os princípios atinentes ao Direito Penal, mas apenas daqueles que, direta ou indiretamente, se relacionam com o tema proposto, e dentro de tal relação, focalizando-os pontualmente na matéria estudada.

Antes, porém, mister se faz uma digressão aos direitos fundamentais, uma vez que o principal princípio jurídico-penal a ser estudado, o da reserva da lei, traduz-se como o mais puro direito fundamental do indivíduo.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por direitos fundamentais, segundo Jorge Miranda⁸, entendem-se os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição.

Poderíamos alargar ainda mais o conceito do constitucionalista lusitano para dizer que os direitos fundamentais não são apenas aqueles com assento na Lei Maior de um país, mas também os previstos em leis materialmente constitucionais, tais como os tratados e convenções internacionais.

Por isso mesmo, Flávia Piovesan⁹ afirma que a Constituição Federal, ao prescrever no artigo 5.º, § 2.º, que “os direitos e garantias expressos na Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”, inclui na relação dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos

⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, vol. IV, p. 7.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75

enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, incorporando-os ao texto constitucional, ou seja, dá aos direitos humanos fundamentais previstos em tratados o status de norma constitucional.

Aliás, a idéia de direitos fundamentais, como bem explica Alexandre de Moraes¹⁰, é mais antiga do que o surgimento da idéia de constitucionalismo, como veremos a seguir na análise da sua evolução histórica, que apenas consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

2.1. Direitos fundamentais – evolução histórica

Os direitos fundamentais do homem e, por conseqüência, os direitos humanos, têm origem muito remota, e pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com uma concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra "Antígona" - 441 a.C -, Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem).

Contudo, foi o Direito Romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos, visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A "Lei das doze tábuas" pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 19.

A seguir, a forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos humanos fundamentais, enquanto necessários à dignidade humana, influência essa que se fez presente durante a Idade Média, onde, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência de direitos humanos, sempre com o mesmo traço básico: limitação do poder estatal.

Porém, o forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX.

Os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, onde podemos citar a "Magna Charta Libertatum", outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, a "Petition of Right", de 1628, o "Habeas Corpus Act", de 1679, o "Bill of Rights", de 1688¹¹, e o "Act of Seattlement", de 12.6.1701.

Posteriormente, e com idêntica importância na evolução dos direitos humanos encontramos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde podemos citar os históricos documentos: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16.6.1776¹²; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 4.7.1776; Constituição dos Estados Unidos da América, de 17.9.1787.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando em 26.8.1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à

¹¹ Historicamente o documento inglês mais importante na evolução dos direitos fundamentais é justamente a Declaração de Direitos (Bill of Rights), decorrente da Revolução de 1688, pela qual se firmara a supremacia do Parlamento, forçando a abdicação do rei Jaime II em favor dos novos monarcas Guilherme III e Maria II, cujos poderes reais eram limitados pela declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita, surgindo então, na Inglaterra, a monarquia constitucional, que se submetia à soberania popular.

¹² A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia foi a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno e consubstanciava a base de direitos do homem, dentre esses direitos, mencionava que ninguém seria privado de liberdade exceto pela lei da terra, já afirmando aí, na expressão "lei da terra" a necessidade de uma lei anterior que autorizasse a privação da liberdade.

opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.

A Constituição francesa de 3.9.1791 trouxe novas formas de controle do poder estatal, porém, coube à Constituição francesa de 24.6.1793 uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais.

A maior efetivação dos direitos humanos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplos a Constituição espanhola de 19.3.1812 (Constituição de Cádiz), a Constituição portuguesa de 23.9.1822, a Constituição belga de 7.2.1831 e a Declaração francesa de 1848.

O início do século XX trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, principalmente pelos textos da Constituição mexicana de 1917, que passou a garantir direitos individuais com fortes tendências sociais, como por exemplo, direitos trabalhistas e efetivação da educação; da Constituição de Weimar, que previa em sua parte II os Direitos e Deveres fundamentais dos alemães. Da Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, pelas próprias circunstâncias que idealizaram a revolução de 1917, visava, como previsto em seu Capítulo II, "suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países". Posteriormente, a Lei Fundamental Soviética de 10.7.1918 proclamou o "princípio da igualdade, independentemente de raça ou nacionalidade" (art. 22), determinando a "prestação de assistência material a qualquer outra forma de apoio aos operários e aos camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade" (art. 16); da Carta do Trabalho de 24.4.1927, que apesar de impregnada fortemente pela doutrina do Estado fascista italiano, trouxe um grande avanço em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, prevendo, principalmente: "liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos do trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial do trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais".

2.2. Evolução histórica no Brasil

As constituições brasileiras sempre trouxeram uma declaração de direitos fundamentais do homem.

A Constituição Política do Império, de 23.3.1824, previa em seu Título VIII, extenso rol de direitos humanos fundamentais. O art. 179 possuía 35 incisos, consagrando direitos e garantias individuais, tais como: princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente, fiança, princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do Juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por atos dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário.

A existência de um rol onde os direitos humanos fundamentais fossem expressamente declarados foi novamente repetida pela 1.^a Constituição republicana, de 24.2.1891, que em seu Título III - Seção II, previa a "Declaração de Direitos".

A tradição das Constituições brasileiras preverem um capítulo sobre direitos e garantias foi mantida pela Constituição de 16.7.1934, que repetiu - em seu artigo 113 e seus 38 incisos - o extenso rol de direitos humanos fundamentais, acrescentando: consagração do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; escusa de consciência, direitos do autor na reprodução de obras literárias, artísticas e científicas; irretroatividade da lei penal; impossibilidade de prisão civil por dívidas, multas ou custas; impossibilidade de concessão de extradição de estrangeiro em virtude de crimes políticos ou de opinião e impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro; assistência jurídica gratuita; mandado de segurança e ação popular.

A Constituição de 10.11.1937, apesar das características políticas preponderantes à época, também consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo 17 incisos em seu art. 122. Além da tradicional repetição dos

direitos humanos fundamentais clássicos, trouxe como novidades constitucionais os seguintes preceitos: impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares (inc. 13, alíneas “a” até “f”); criação de um Tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.

A Carta Magna de 18.9.1946, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (Título IV, Capítulo II), estabeleceu em seu artigo 157 diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados seguindo, pois, uma tendência da época. Além disso, previu títulos especiais para a proteção à família, educação e cultura (Título VI).

A Constituição de 24.1.1967 igualmente previa um capítulo de direitos garantias individuais e um artigo (158) prevendo direitos sociais aos trabalhadores, visando à melhoria de sua condição social.

Seguindo a tradição brasileira de enumeração exemplificativa, a redação do art. 150 muito se assemelhava à redação da Constituição anterior e trouxe como novidades: sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas; respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário; previsão de competência mínima do Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida); previsão de regulamentação da sucessão de bens estrangeiros situados no Brasil pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes seja mais favorável a lei nacional do “de cujus”.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma substancial alteração formal na enumeração dos direitos humanos fundamentais.

A Constituição de 1988 abrange um extenso rol de direitos fundamentais, abrindo um título sobre os princípios fundamentais (Título I), para logo em seguida introduzir o Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, onde se inserem “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Direitos Sociais”, “Direitos da Nacionalidade”, os “Direitos Políticos” e os “Partidos Políticos”.

3. O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vislumbrada a evolução histórica dos direitos fundamentais, um próximo passo é fixar o conceito de direitos fundamentais, sua função, bem como seu desenvolvimento jurídico.

Ao monopolizar a justiça, o Estado viu-se na obrigação de oferecer aos seus súditos instrumentos que lhe permitissem ter garantias próprias assecuratórias de direitos que, por dizerem respeito à própria existência e necessidades básicas e primordiais do indivíduo, não poderiam ficar desamparados, garantindo-lhes contra a atuação ilegal do próprio Estado.

Assim, surgia a função de direitos de defesa do cidadão, vista por Canotilho¹³ sob uma dupla perspectiva: (1) constituindo, no plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicando, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Carl Schmitt entende que direitos fundamentais são essencialmente os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado, sendo ainda, numa acepção estrita, unicamente os direitos de liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.¹⁴

Percebemos que o direito de liberdade é uma constante dentro do rol de direitos fundamentais, fazendo parte da chamada primeira geração desses direitos.

Com efeito, no decorrer da evolução dos direitos fundamentais, e principalmente com a consolidação das suas idéias, após a Revolução Francesa, com o estabelecimento

¹³ Op. cit., p. 503, nota 2.

¹⁴ Conf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 515.

de constituições escritas e diretamente ligadas à edição de declarações de direitos do homem, com a finalidade de estabelecer limites ao poder político do Estado, que até então era o monstro opressor, identificaram-se três gerações de direitos fundamentais, entendendo alguns doutrinadores, como veremos mais adiante, que hoje já temos uma quarta geração desses direitos.

A primeira geração é composta pelos direitos de liberdade, eis que estes foram os primeiros que fizeram parte de uma carta política constitucional normatizada. Esses direitos de liberdade são compostos por direitos civis e políticos, abrangendo a liberdade em todas as suas dimensões, desde a liberdade de locomoção até a liberdade de imprensa, liberdade de informação.

Com o advento do século XX, novos direitos foram incorporados ao constitucionalismo das diversas formas de Estado social, e posteriormente identificados como direitos individuais de segunda geração, abrangendo os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos.

A identificação do direito social como direito fundamental foi de suma importância para a identificação também das garantias institucionais, uma vez que através daqueles direitos sociais surgiu a consciência de que, tão ou mais importante do que proteger apenas o indivíduo, como acontecia com o direito de liberdade, da primeira geração, era proteger a instituição a qual esse mesmo indivíduo fazia parte. A esfera de proteção era muito maior e abarcava o todo social, a coletividade, o bem comum.

Surgiu assim a teoria das garantias institucionais, criada pelo jurista alemão Carl Schmitt, despontando como reconhecimento de uma modalidade autônoma de garantias em relação a teoria das garantias constitucionais, quando percebeu-se que existiam garantias constitucionais já desprovidas de um modelo de conteúdo subjetivo individual.

Paulo Bonavides¹⁵, mais uma vez, ensina que “a garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”. Mais adiante o citado mestre afirma que dentro do conceito das garantias constitucionais dos direitos individuais encaixa-se também o de garantias

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 492.

institucionais, e que ambas formam um conceito único e conjugado, concluindo que:

“[...] a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”.¹⁶

A garantia institucional nada mais é do que uma proteção especial conferida às instituições, para resguardá-las da intervenção alteradora por parte do legislador ordinário.¹⁷

Na verdade, a partir do momento em que a Constituição prevê, no seu bojo, a existência de determinadas instituições, quer ela que tais estruturas tenham um papel de maior destaque e relevo dentro do ordenamento.

Geralmente, as instituições constitucionais desempenham o papel de verdadeiras guardiãs de direitos fundamentais, motivo pelo qual a sua abolição, em prejuízo do indivíduo, sequer pode ser cogitada pelo legislador ordinário. Possui as instituições constitucionais a mesma reserva das cláusulas pétreas do artigo 60, § 4.º, da Constituição, não havendo a possibilidade, sequer, de deliberação de projeto tendente a aboli-las, como dito, ou diminuir o seu papel constitucional, já que isto feriria a garantia fundamental do indivíduo.

O mundo contemporâneo é dividido em dois grandes blocos, de um lado aqueles de países ricos, de nações desenvolvidas, do outro, as nações subdesenvolvidas, cuja característica básica é a pobreza. Tal fato deu azo ao surgimento de um terceiro momento na classificação histórica e baseada na ordem cronológica, em que os direitos fundamentais passaram a ser constitucionalmente reconhecidos: o dos direitos fundamentais de terceira geração, consagrando o princípio da solidariedade, ou fraternidade.

Protege-se constitucionalmente, como direitos fundamentais de terceira geração aqueles que José Marcelo Vigliar¹⁸ chamou de interesses de grupos menos determinados

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 493.

¹⁷ Podemos identificar na CF/88 essas garantias institucionais nos seguintes artigos, dentre outros: art. 127, § 1.º, quando garante a indivisibilidade, unidade e independência funcional ao Ministério Público; o § 2.º do mesmo artigo ao assegurar autonomia funcional e administrativa ao Ministério Público; art. 128, § 5.º, garantindo vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio ao membro do Ministério Público, e também aos magistrados, de acordo com o art. 95, I, II e III, bem como, ao Poder Judiciário, de autonomia administrativa e financeira, conforme o artigo 99.

¹⁸ VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 42.

de pessoas que não possuem entre elas vínculo jurídico ou fático muito preciso. Tais direitos podem ser exemplificados, dentre outros direitos difusos, como o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, à paz, à autodeterminação dos povos, ao progresso, etc.¹⁹

Paulo Bonavides²⁰ afirma que a teoria dos direitos fundamentais, na doutrina de Karel Vasak, já identificou os seguintes grupos de direitos de terceira geração: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.

O lema da Revolução Francesa é liberdade, igualdade e fraternidade, motivo pelo qual Manoel Gonçalves Ferreira Filho²¹ conclui que as três gerações de direitos fundamentais completam aquele preceito, vez que a primeira geração é a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, e a terceira, os direitos de fraternidade.

Alguns autores, dentre eles Paulo Bonavides²², entendem que os direitos fundamentais já atingiram uma quarta geração, sendo estes o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, cuja gênese é a globalização neoliberalista.

Observamos, portanto, que a previsão nas constituições contemporâneas dos direitos fundamentais é absolutamente necessária, pois consagra o respeito à dignidade humana, garante a limitação do poder e visa o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Sem a positivação jurídico-constitucional, “os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)”.²³

Prossegue Canotilho, citando Cruz Villalon:

“[...] onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes,

¹⁹ A Constituição Federal abriga alguns dos direitos fundamentais de terceira geração no seu artigo 225, ao dizer que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

²⁰ Op. cit. p. 523, nota 14.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 57.

²² Op. cit. p. 524-525, nota 14.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 497, nota 2.

como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios”.²⁴

Desta forma, a constitucionalização dos direitos fundamentais, nos tempos modernos, é necessária pois significa a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral, isto porque os direitos fundamentais constituem princípios imutáveis e norteadores da ação estatal em relação aos seus súditos.

Sendo princípios constitucionais, espelhando a ideologia da própria Constituição, seus postulados básicos e a sua finalidade, toda e qualquer interpretação do Texto constitucional, e toda elaboração legislativa, devem àqueles a mais estrita e fiel obediência, devendo ainda os direitos fundamentais, como dito alhures, ser amparados também pelas instituições previstas constitucionalmente.²⁵

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 497, nota 2.

²⁵ Aliás, já escrevemos, em tese apresentada no 13.º Congresso Nacional do Ministério Público (FIGUEIREDO, Alex Nunes de. *O Ministério Público como Garantia dos Direitos Fundamentais: Cláusulas Pétreas*. In: Congresso Nacional do Ministério Público, 13.º. Curitiba, 26 a 29 out. 1999. Anais: O Ministério Público Social. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público. Confederação Nacional do Ministério Público, p. 229) que “com base na teoria das garantias institucionais podemos neste ponto, concluir que, ao erigir o Ministério Público a alçada de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, o legislador, por óbvio, teria que assegurar-lhe uma proteção mínima para que desempenhasse sua função tão relevante, e o que é mais importante, teria que conferir-lhe mecanismos que o tornasse auto-suficiente, independente da boa vontade dos Poderes, prevendo que a instituição, na sua função relevante de defender o interesse social, poderia entrar em confronto direto com aqueles. Assim é que assegurou ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa, facultando-lhe ainda propor ao Poder Legislativo a criação e extinção dos seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público, a política remuneratória e os planos de carreira (art. 127, § 2.º, CF). Ainda como garantia institucional, determinou a elaboração da proposta orçamentária pela própria instituição (art. 127, § 3.º), definiu como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 2.º), definiu a forma da escolha do chefe da instituição (art. 128, II, §§ 1.º e 3.º), bem como a da sua destituição (art. 128, §§ 2.º e 4.º), além de enviar a leis complementares da União e dos Estados a tarefa de estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (art. 128, § 5.º), assegurando aos membros do parquet garantias e estipulando vedações (art. 129, § 5.º, I e II). Como se não bastasse, a fim de preservar e garantir independência ao instrumento do Ministério Público para a defesa social, que são os seus membros, dotou estes de garantias próprias, quais sejam, a vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade. Deste modo, conferindo ao Ministério Público as garantias institucionais citadas, bem como aos seus membros garantias próprias e específicas, a Constituição deu-lhe liberdade para desenvolver suas ações sem correr o risco de retaliações por parte de quem quer que seja, eis que o tornou totalmente autônomo. Apenas com base na teoria da garantia institucional, examinada anteriormente, já poderíamos afirmar que o Ministério Público é instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais...”.

De tudo o que foi exposto podemos agora fazer uma afirmação inerente ao nosso trabalho, ou seja, a de que todos os princípios constitucionais de natureza penal constituem ou direitos fundamentais do indivíduo ou garantias assecuratórias desses direitos, eis que postos para a sua proteção contra o exagero interventivo do Estado.

Luiz Regis Prado²⁶, sobre o tema, assevera que “o Direito Penal moderno se assenta em determinados princípios fundamentais, próprios do Estado de Direito democrático, entre os quais sobrepõe o da legalidade dos delitos e das penas, da reserva legal ou da intervenção legalizada”.

Todos possuem a sua importância mas a relevância recai sobre o princípio da legalidade dos delitos e das penas, da reserva legal, que tem base constitucional expressa (art. 5.º, XXXIX, CF e art. 1.º, CP).

4. O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL DOS DELITOS E DAS PENAS

4.1. Fundamento

O princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal, fixado na Constituição, no seu artigo 5.º, inciso XXXIX, bem como no artigo 1.º do Código Penal preceitua, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade significa que: (1) para que haja delito é necessário antes, que exista uma lei considerando determinada conduta proibida. Ainda que uma conduta tenha um alto grau de reprovação social, que seja moralmente reprovável, repugnante, abominável, o Estado não poderá sancioná-la penalmente se, antes, não tipificá-la como crime ou contravenção penal; (2) não basta, porém, que a conduta reprovável seja tipificada pelo legislador eis que, pelo princípio em estudo também não há pena sem lei. Assim, ao tipificar determinada conduta, o legislador deve também medir-lhe, com precisão os limites da sanção.

O princípio da reserva legal dos delitos e das penas constitui uma garantia essencial ao direito fundamental de liberdade do cidadão contra o poder

²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.

punitivo do Estado, determinando, precisamente, a esfera da ilicitude penal e assegurando a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado.

Por isso mesmo é que Munõz Conde, citado por Maurício Ribeiro Lopes afirma que a gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, portanto, fundamentais da pessoa, o caráter de “ultima ratio” que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.²⁷

Já diziam Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso²⁸ que “a fonte única do Direito Penal é a norma legal. Não há Direito Penal vagando fora da lei escrita”, complementando que “a lei penal é um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais de direito’, ou pelo *costume*.”

Grande parte dos autores considera o princípio da legalidade sinônimo de reserva legal, sob o argumento de que as expressões se equivalem, não havendo diferença conceitual entre legalidade e reserva legal. “Data maxima venia” não concordamos com esse entendimento, pois no conceito do princípio de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” vislumbramos claramente dois princípios diferentes: o da reserva legal ao reservar para o estrito campo da lei a existência de crime e sua pena correspondente, e o da anterioridade, exigindo que a lei, no momento da prática do delito, esteja em vigor (“...lei anterior...e...prévia cominação”).

A reserva de lei, como ensina Luiz Flávio Gomes²⁹ é corolário lógico da garantia da *lex populi*, que confere apenas à lei do povo, aprovada por seus representantes, o poder de afetar o *ius libertatis* do cidadão

Cumpre anotar que todos os direitos fundamentais, bem como suas garantias, que impõem limites ao Estado, têm como um dos principais fundamentos o

²⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 76.

²⁸ HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed, Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1977, p. 21.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1995, p. 222.

próprio direito ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e se operou por lentas e dolorosas conquistas na evolução histórica da humanidade.³⁰

4.2. Histórico

O princípio da legalidade dos delitos e das penas é norma jurídica inscrita em grande parte das legislações modernas, princípio sistemático na elaboração dogmática e postulado que cumpre importante função política e social.

A origem do princípio da reserva legal não tem um tratamento unânime entre os autores. Nelson Hungria³¹ vislumbra a origem do postulado, para o direito positivo, na Magna Carta Inglesa de 1215 por dispor esta que nenhum homem livre pode ser preso ou privado de sua liberdade a não ser pelo julgamento de seus pares (*Nullus liber homo expiatur vel imprisioned, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*). Já para Roxin³² o princípio da legalidade se localiza pela primeira vez em alguns Estados federados americanos (Virgínia e Maryland), bem como no Código Penal austríaco de José II, em 1789, e na Declaração francesa dos Direitos do homem e do cidadão. José Frederico Marques³³, por seu turno, afirma que o princípio da Reserva Legal se encontra já formulado no direito medieval, “mormente nas magníficas instituições do direito ibérico”. Segundo este autor, “nas Cortes de Leão, em 1816 declara Afonso IX, sob juramento, que não procederá contra pessoa e a propriedade de seu súdito, enquanto não fosse chamado perante a cúria”. Continua afirmando que nas Cortes de Valladolid, no ano de 1219, foi proclamado que ninguém podia ser privado da vida e da propriedade enquanto a sua causa não fosse apreciada conforme o “Fuero e o direito”. Diz ainda que em 1351 essas mesmas Cortes “pediram a Dom Pedro I que ninguém fosse executado ou preso sem investigação do Foro e do direito, a que acedeu o rei”, sendo tal promessa renovada por Henrique II nas Cortes de Toro em 1371. Porém, como aforismo político o aludido princípio surge com o iluminismo, principalmente através do discurso de Montesquieu e Rousseau e, em especial, na obra *Dei delitti e delle pene* (1764) de Beccaria, tendo sua formulação latina “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” dada por Feuerbach, em 1810.

³⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1946*, tomo IV, p. 238.

³¹ Op. cit., p. 41 e 42, nota 28.

³² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, tomo I, 2000, p. 142.

³³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, vol. I, 1997, p. 181-183.

O certo é que a construção do princípio da reserva de lei é bastante remota, o que nos permite visualizar a preocupação com os ideais de liberdade e contra o arbítrio do poder estatal desde épocas passada, afirmando Beccaria³⁴ que:

“A primeira consequência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinqüente cidadão.”

O princípio da reserva de lei, com a queda das monarquias absolutistas e a instauração dos regimes democráticos passou a integrar os textos constitucionais e os códigos penais, passando, a partir de sua inserção na Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789 a ganhar relevo com o início do seu processo de generalização pelo mundo.

No século passado, contudo, o princípio da reserva de lei foi contestado por algumas legislações, especialmente pela alemã que teve o artigo 2.º do seu Código Penal do Reich de 1871, que previa a Reserva Legal, reformulado em virtude da subida ao poder do nacional Socialismo. O referido artigo passou a ter a seguinte redação: “será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar diretamente ao fato, este será castigado conforme a lei, cujo conceito básico melhor lhe corresponder”.

No século atual o princípio em estudo é negado em alguns países, como, por exemplo, a China e a Coréia do Norte, que não o prevêm nos seus Códigos Penais.

Porém, o aludido princípio transformou-se num patrimônio comum de todos os povos civilizados, estando presente nos mais importantes textos internacionais da atualidade, principalmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, que dispõe no artigo II, 2: “ninguém será condenado por atos ou omissões que no

³⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. 2 ed. rev. atual. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou Internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito”.

Outros dois textos internacionais de mais alta relevância também agasalham o princípio da Reserva de Lei: a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, naquela cidade, em 22 de novembro de 1969. Internamente ela foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n.º 27, de 25.9.92, tendo o Brasil depositado sua Carta de Adesão no mesmo dia, determinando-se seu fiel cumprimento por via do Decreto n.º 678, de 6.11.92.

Dispõe o Pacto de San José da Costa Rica, no seu artigo 7.º, 2, o seguinte:

“Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 2.200-A da XXI Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 16 de dezembro de 1966. Foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 266, de 12.12.1991 e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto n.º 592, de 6.7.1992.

No artigo 9.º, 1, estatui aquele Pacto:

“Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos *motivos previstos em lei* e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.”

Esses pactos internacionais foram acolhidos pela Constituição brasileira, que dispõe, no seu artigo 5.º, § 2.º, o seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Desta forma, ao lado da Carta Magna eles reforçam a existência e obrigatoriedade do princípio da reserva de lei, consolidando ainda mais a noção à sua obediência pelas autoridades legislativas do nosso país.

4.3. Aspecto político

O princípio da reserva de lei e de penas se reveste de aspecto político na medida em que constitui uma garantia constitucional dos direitos do homem. Assim, exclusivamente à lei cabe separar a conduta lícita da ilícita. Não existiria segurança se a lei atingisse condutas lícitas.

No aspecto político, o princípio de reserva de lei também fixa outras garantias, como as atinentes à jurisdição, isto é, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5.º, LIII, CF), “juiz ou tribunal” (art. 92, CF)³⁵; “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII, CF).

Em relação à execução da pena, prevê o texto constitucional que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5.º, XLVIII, CF); que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX, CF), “de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal” (Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84, item 19). Desta forma, o seu art. 2.º determina que “a jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

³⁵ A garantia de jurisdição, em que o legislador, juiz e acusação são órgãos distintos, foi estabelecida por Beccaria: “...o soberano, que representa a própria sociedade, não pode promulgar mais do que leis gerais que obrigam a todos os seus membros, porém, não a de julgar, de antemão, se alguém violou, ou não, o contrato social; em vista do que, na ocasião, a nação se separaria em duas partes, uma representada pelo soberano que afirmaria a violação do contrato, e a outra pelo acusado, que a negaria. Impõe-se, portanto, que um terceiro julgue acerca da verdade do fato” (*Dos delitos e das penas*, p. 30 e 31).

4.4. Aspecto jurídico

No aspecto jurídico, o princípio da legalidade fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente sem uma definição prévia da conduta censurada e a determinação da “*sanctio juris*” aplicável.³⁶

Assim, somente haverá crime quando existir uma perfeita correspondência entre a conduta praticada e a previsão da lei, cabendo a esta a tarefa de definir, e não proibir o crime, a fim de que o agente possa ter prévio e integral conhecimento das consequências penais da prática delituosa e evitando, desta forma, qualquer invasão arbitrária em seu direito de liberdade.³⁷

Sensível é a lição de Roxin³⁸, ao asseverar que um Estado de Direito deve proteger o indivíduo não apenas através do Direito Penal, mas também do Direito Penal. Em outras palavras, diz Roxin que o ordenamento jurídico não deve dispor apenas de métodos e meios adequados para a prevenção do delito, mas também deve impor limites ao emprego do poder punitivo, para que o cidadão não fique desprotegido e à mercê de uma intervenção arbitrária ou excessiva do Estado.

4.5. Reserva de lei e medida de segurança

Antes da reforma da Parte Geral do Código Penal as medidas de segurança deveriam estar previstas em lei para que pudessem ser aplicadas, no entanto, não se submetiam ao princípio da anterioridade da lei penal. Assim dispunha o antigo artigo 75 do Código Penal de 1940: “as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”. Admitia-se, portanto, a retroatividade “*in pejus*” da medida de segurança, aplicando-se esta também aos imputáveis.

Já naquela época o Direito Penal identificava a pena com a medida de segurança detentiva, cuja natureza aflitiva era inquestionável, tendendo a subordinar também as medidas de segurança ao princípio da anterioridade da lei penal.

³⁶ MARQUES, José Frederico. Op. cit. p. 183, nota 33.

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 6 ed. São Paulo: Paloma, 2000, p. 25.

³⁸ Op. cit. p. 137, nota 32.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 o legislador, seguindo a tendência e aos reclamos da doutrina, revogou a previsão de medidas de segurança para imputáveis, não acolhendo mais o ordenamento jurídico-penal a retroatividade “in pejus”, permitindo a aplicação da medida de segurança mais benéfica, mesmo que não seja a do tempo da execução.

Assim, as medidas de segurança, da mesma forma que as penas, estão submetidas ao princípio da reserva de lei, como garantia constitucional aos direitos e liberdades individuais.

4.6. Reserva de lei e proibição da retroatividade

(nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)

O princípio da reserva legal traz uma outra consequência: a proibição da retroatividade da lei penal, “a lei penal não retroagirá, salvo quando para beneficiar o réu” (art. 5.º, XL, CF; art. 2.º, CP).³⁹

Contém o princípio da irretroatividade da lei penal, portanto, dois princípios distintos: o da irretroatividade da lei mais severa; o da retroatividade da lei mais benigna.

Assim, a lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria nova figura penal inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato.⁴⁰

Ensina com maestria Luiz Regis Prado⁴¹ que fundamentam as regras gerais do princípio da irretroatividade da lei penal os “princípios da reserva legal, da taxatividade e da segurança jurídica – princípio *favor libertatis* -, e a hipótese excepcional em razões de política criminal (justiça)”. Acrescenta o citado autor que o aludido princípio tem por função “restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial”.⁴²

³⁹ Esse princípio figurou pela primeira vez em uma legislação na Declaração de Maryland, de 1776, que assim o descrevia: “As leis retroativas que punem fatos praticados antes da sua existência, e declarados criminosos somente por elas, são opressivas, injustas e incompatíveis com a liberdade, portanto, não devia ser elaborada qualquer lei ex post facto”.

⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 31.

⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*, p. 80.

⁴² Id. Ibid., mesma página.

4.7. Reserva de lei e proibição de analogia

(*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

Outra proposição decorrente do princípio da reserva legal é a proibição da aplicação da analogia para agravar ou fundamentar a pena.

Consiste a analogia em aplicar a uma hipótese, não regulada por lei, disposição relativa a um caso semelhante e se fundamenta na parêmia latina *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (onde há a mesma razão aplica-se o mesmo Direito).

Para o Direito Penal importa considerar duas espécies de analogia: a analogia *in malam partem* e a analogia *in bonam partem*. Para a primeira a aplicação da pena ou sua agravamento fundamenta-se por norma semelhante às previstas. Já para a seguinte, essas normas semelhantes fundamentam a não-aplicação ou diminuição da pena nos mesmos casos. A analogia *in malam partem* piora, agrava a situação do acusado, enquanto a analogia *in bonam partem* lhe é benéfica.

Pressupondo a aplicação da analogia uma falha ou omissão da lei, o princípio da reserva legal impede a sua aplicação pois, não existindo lei reguladora à espécie, ou sendo esta falha, incompleta, então o tipo legal não se fará presente ou, no mínimo, será falho e, em consequência, ilegal, viciado, não podendo, destarte, obrigar.

Admite-se, no entanto, a aplicação da analogia *in bonam partem*, justificando-a em um princípio de equidade.

Não se confunde a analogia com a interpretação extensiva e nem com a interpretação analógica. Com efeito, na interpretação extensiva, ao contrário da analogia, existe uma norma regulando a hipótese, de modo que não se aplica a norma do caso análogo, contudo tal norma não menciona expressamente essa eficácia, devendo o intérprete ampliar o significado além do que estiver expresso, ou seja, existe uma norma que regula a hipótese, mas de forma genérica, o que torna necessário o recurso à via interpretativa. Já na interpretação analógica, após uma seqüência casuística, segue-se uma formulação genérica, a qual deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente elencados (ex: homicídio praticado à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido).

4.8. Reserva de lei e costumes

(nullum crimen, nulla poena sine lege scripta)

Proíbe-se no Direito Penal, ainda em virtude do princípio da reserva de lei, o uso do Direito consuetudinário para fundamentar ou para agravar a pena. Assim, só a lei pode criar crimes e penas.

Admitem-se, no entanto, os costumes como fonte de Direito Penal, na medida em que são usados para a compreensão do conteúdo dos tipos. Assim, por exemplo, na questão da agravante do furto noturno prevista no artigo 155, § 1.º do Código Penal, leva-se em conta os costumes locais para definir qual o interregno de tempo considerado como período noturno, pois não se pode conceber como este lapso os mesmos horários de uma grande metrópole e de uma pacata cidade do interior.

Os costumes são admissíveis também quando usados como causas de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, uma vez que não estão piorando, mas melhorando a situação do agente.

Ressalte-se que para ser considerado como direito consuetudinário exige-se do fato o reconhecimento geral e vontade geral de que a norma costumeira atue como direito vigente.⁴³

4.9. Reserva de lei e proibição de leis penais e penas indeterminadas

(nullum crimen, nulla poena sine lege certa)

Dentre as restrições impostas pelo princípio da reserva de lei e de penas merece destaque a proibição de leis penais e penas indeterminadas. Com efeito, sendo tal princípio uma garantia fundamental ao direito fundamental de liberdade do indivíduo, contra a voracidade interventiva do Estado, que em determinadas épocas e sob circunstâncias específicas não mede consequências para a intromissão abusiva na liberdade individual, a proibição, implícita no princípio, da adoção de fórmulas genéricas ou casuísticas, causando a indeterminação do

⁴³ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 26, nota 40.

comportamento proibido, coíbe a conduta estatal de, artificiosamente, burlar o respeito ao referido princípio.⁴⁴

Assim, a lei deve identificar, em termos exatos, qual é a conduta que especificamente integrará o tipo penal, com todas as dimensões e matizes a ela inerentes, bem como delimitar, com a quantificação exata, qual a pena aplicável à espécie, protegendo, portanto, o cidadão contra a arbitrariedade e autolimitando o poder punitivo estatal.^{45, 46}

Trata-se do princípio da taxatividade, ou da determinação, ou taxatividade-determinação, ou da certeza, ou ainda do mandato de certeza.

A técnica legislativa de criar tipos utilizando-se de cláusulas genéricas é totalmente incompatível com o Estado de Direito uma vez que o princípio da reserva de lei implica que o fato constitutivo do delito se mostre descrito de modo diferenciado, isto é, exige que a lei enuncie, através da indicação dos diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição a fim de que os limites entre o ilícito e o lícito não fiquem à mercê da decisão judicial.⁴⁷

O princípio da reserva de lei exige, portanto, não apenas uma lei anterior ao fato considerando-o delito, mas antes, que as características essenciais da conduta humana sejam enunciadas com clareza de forma a torná-la inconfundível com outra, cominando-lhe pena dentro de limites certos e não exagerados.⁴⁸

⁴⁴ Roxin (Op. cit., p. 141, nota 32) ilustra a questão com o seguinte exemplo de redação indeterminada de tipo penal que afronta o princípio da reserva legal: “el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado com pena de prisión de hasta cinco años”. No exemplo dado por Roxin é hialina a indeterminação da conduta reprovável, já que fica ao arbítrio do julgador a fixação da conduta que lesaria o “bem comum” de “modo intolerável”.

⁴⁵ No Brasil temos um exemplo recente de lei inconstitucional face à indeterminação da conduta proibida. Trata-se da lei n.º 9.034 de 03 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Referida lei inseriu formalmente no âmbito do Direito Penal a expressão “crime organizado”, sem contudo definir expressamente quais as condutas integrantes dessa expressão genérica.

⁴⁶ A indeterminação da conduta típica é inevitável no caso de tipos abertos. São abertos aqueles tipos em que não aparece expressa, por completo, a norma que o agente transgride com seu comportamento, de tal maneira que não se contém no tipo a descrição completa da conduta delituosa, que depende de normas especiais pressupostas pelo tipo. Assim, nos tipos abertos a tipicidade só pode ser avaliada com o auxílio de um outro tipo, chamado de tipo de extensão ou tipo secundário. Assim, por exemplo, a tipicidade da co-autoria ou da participação no furto só pode ser obtida com o art. 155 do CP (tipo principal) e auxílio do art. 29 (tipo de extensão).

⁴⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 85.

⁴⁸ Idem, *Ibidem*, p. 84.

4.10. Reserva de lei e culpabilidade (*nulla poena sine culpa*)

A culpabilidade penal vem a ser aquele juízo de censurabilidade realizado sobre uma pessoa que pratica um fato típico e ilícito. Ela é vista como a possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com as circunstâncias concretas, podia e devia agir de modo diferente. Funda-se, desta forma, na possibilidade de censurar alguém pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era perfeitamente possível que o tivesse evitado.

Assim, segundo o princípio da culpabilidade, não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), pressupondo a pena a sua existência.

Ora, se a pena pressupõe uma culpabilidade, somente poderemos falar nesta se, antes do fato, o autor sabia que sua conduta era proibida e, para tanto, é necessário que a punibilidade esteja determinada legalmente antes daquele mesmo fato. É o princípio da reserva de lei atuando também sobre a existência da culpabilidade.

4.11. Reserva de lei e as normas penais não incriminadoras

O princípio da reserva legal dos crimes e das penas não se aplica às normas penais não incriminadoras, conforme exposto no item 4.8 acima, admitindo-se, destarte, a existência de causas supraleais de exclusão da ilicitude (causa supraleal), de atenuação da pena ou da culpa, uma vez que não estão piorando, mas melhorando a situação do agente, geralmente as criadas pela analogia, costumes e princípios gerais do direito.

4.12. Reserva de lei e o princípio da legalidade

Tanto o princípio da reserva de lei quanto o princípio da legalidade possuem assento constitucional.

O princípio da legalidade está consagrado no artigo 5.º, inciso II da Constituição Federal da seguinte forma: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No princípio da legalidade a expressão lei deve ser entendida no seu sentido amplo, abarcando todas as espécies normativas previstas na Lei Maior (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções).

Já no princípio da reserva de leis e de penas a expressão lei é tomada em sentido estrito, abrangendo apenas a lei ordinária e complementar, uma vez que, além da Constituição, apenas essas duas espécies normativas podem tratar de leis penais incriminadoras.

4.13. Reserva de lei e o tipo aberto

Os crimes de tipo aberto são aqueles que apresentam definição incompleta, transferindo ao juiz a tarefa de completar o conteúdo da figura típica. Neste caso, o magistrado exerce uma tarefa valorativa em relação a certos elementos normativos variáveis no tempo e no espaço, como o conceito de mulher honesta.

Há no tipo aberto um mínimo de determinação da figura típica, cabendo ao magistrado preencher os demais elementos conceituais do crime, o que não afronta o princípio da reserva de lei, porque não há obrigatoriedade constitucional de a lei criar todos os elementos do crime. A lei deve fundamentalmente fixar os elementos essenciais, cabendo ao juiz apenas complementar a definição legal.

Desta forma, nos tipos abertos a tipicidade só pode ser avaliada com o auxílio de um tipo complementar, o tipo de extensão ou tipo secundário, que guiará a atividade julgadora do magistrado pela sua interpretação valorativa que, no entanto, deve ser feita em conformidade à Constituição, obedecendo aos seus princípios, sob pena de atipicidade do fato.⁴⁹

São hipóteses de crimes de tipo aberto: a) os delitos culposos: neles é preciso determinar qual o cuidado objetivo necessário descumprido pelo autor; b) crimes omissivos impróprios: são os que dependem do descumprimento do dever jurídico de agir (CP, art. 13, § 2.º); c) os delitos cuja descrição apresenta elementos

⁴⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Normas penais em branco, tipos abertos e elementos normativos*. In: *Meio Jurídico*. São José do Rio Preto: Meio Jurídico, ano IV, n.º 45, maio/2001, p. 42 e 43.

normativos (“sem justa causa”, “indevidamente”, “astuciosamente”, “decoro”, “dignidade”, “documento”, “funcionário público”, etc.).⁵⁰

4.14. Reserva de lei e a norma penal em branco

Normas penais em branco são aquelas em que o preceito primário necessita de complementação, tal qual o tipo penal aberto, porém, na norma penal em branco essa complementação emana de outra lei ou geralmente de alguns atos administrativos, enquanto no tipo penal aberto quem faz a complementação da definição do crime é o próprio juiz.

Assim, por exemplo, nos termos do artigo 168-A do Código Penal, que define a apropriação indébita previdenciária, constitui delito o fato de “deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal”. Esse prazo não é mencionado pela norma e deve ser buscado na Lei de Custeio da Previdência Social (arts. 30, I, “b”, V e 31).⁵¹

Na norma penal em branco a sanção é determinada, enquanto a definição do crime é incompleta.

Quando o complemento da norma penal em branco emana de outra lei da União não há que se falar em ilegalidade, uma vez que a fonte legislativa da lei complementadora é a mesma da lei complementada. Trata-se da norma penal em branco em sentido lato.

Porém, o complemento da norma penal em advir de outra instância legislativa ou administrativa, quando então temos a norma penal em branco em sentido estrito. Ex: o artigo 12 da Lei n.º 6.368/76 incrimina o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. O rol dessas substâncias é especificado em lei ou em ato administrativo do Serviço Nacional de Fiscalização da medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde, conforme o art. 36 da “lex” citada.

Emanando de atos administrativos (edital, portaria ou regulamento) não há afronta ao princípio da reserva de lei por um motivo: o tipo da norma penal em branco já contém um mínimo de definição e, em razão da dificuldade

⁵⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Normas penais em branco, tipos abertos e elementos normativos*, p. 43.

⁵¹ Idem, ibidem, p. 43.

da lei em fixar todos os elementos da figura típica penal, basta que tenha um mínimo de determinação (princípio da determinabilidade). Assim, havendo um princípio de definição, a complementação pode ser feita pelo juiz (tipos abertos) ou por determinados atos administrativos (normas penais em branco em sentido estrito).

5. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

O Direito Penal preocupa-se com a proteção de bens jurídicos, motivo pelo qual, na concepção de Roxin⁵², o injusto é a realização de um risco não permitido para um bem jurídico penal.

Assim, o comportamento humano, para ser reprovado pelo Direito Penal, deve lesionar direitos de outras pessoas e mais, esses direitos devem estar alçados à categoria de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, tarefa do princípio da reserva de lei.

Desta forma, não é qualquer conduta humana que merece o amparo do Direito Penal, por mais pecaminosa que seja, mas apenas aquela lesiva a um bem jurídico de outrem, devendo ainda, por óbvio, que tal conduta, antes da sua prática, ser amparada pela lei.

Conforme Nilo Batista, quatro funções podem ser verificadas no princípio da lesividade. Pela primeira, o aludido princípio busca proibir a incriminação de atitudes internas, posto que as idéias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir fundamento de tipo penal, nem mesmo quando se orientam para a prática de um crime. Isso não quer dizer que o Direito Penal não se interesse pela atitude do homem. Antes da perspectiva da culpabilidade encontraremos esse interesse no dolo (isto é, na consciência da vontade do autor acerca da conduta objetiva proibida), bem como em intenções, motivos e certos estados especiais de ânimo. Em qualquer hipótese, todavia, é imprescindível que a atitude interna esteja nitidamente associada a uma conduta externa.⁵³

A segunda função prossegue Nilo Batista, é a de proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Por esta veda-se a autolesão e os

⁵² ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 45.

⁵³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 93.

atos preparatórios como formas de condutas de ingresso no sistema penal. Da mesma forma, o simples conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se sua execução não for iniciada. É a base para não se punir, ademais disso, o crime impossível.

A terceira função, diz ele, é a de proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais. O Direito Penal de um Estado Democrático de Direito só pode ser um Direito Penal da ação e não um Direito Penal do autor, que é incompatível com as exigências de certeza e segurança jurídicas próprias do Estado de Direito.

6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Entre a gravidade do fato praticado e a sanção penal a ser imposta deve existir, sempre, um equilíbrio, ou seja, a pena deve ser proporcional ao fato praticado, não pode ser exagerada e nem insignificante que lhe tire o caráter de prevenção geral.

De tradição iluminista, Beccaria⁵⁴ já afirmava, sobre a proporcionalidade, que:

“Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causem à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.”

O princípio da proporcionalidade é um complemento ao princípio da reserva de lei eis que impede a elaboração de leis penais rigorosamente excessivas em total desconformidade com o ilícito abstratamente previsto, motivo pelo qual Suzana de Toledo Barros⁵⁵ o identificou como sendo o princípio da reserva legal proporcional.

Assim, entre delito e pena deve haver uma perfeita correspondência equânime, a fim de que o condenado não sofra uma punição em desconformidade com o mal que causou com o seu ilícito, ferindo, destarte, seu direito fundamental à liberdade, eis que este, pela amplitude que possui, não protege apenas a liberdade no sentido estrito do termo, mas também, na sua ampla acepção, parcelas de liberdade, de modo a não permitir que alguém seja apenado por mais do que fez.

⁵⁴ *Dos delitos e das penas*, p. 37.

⁵⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 85.

O Código Penal brasileiro já prevê, expressamente, a aplicação do princípio em tela, quando trata da fixação da pena, no artigo 59, afirmando que a pena aplicável, dentre as cominadas, deverá ser aquela suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Podemos, portanto, identificar no campo penal duas formas de aplicação do princípio da proporcionalidade: a primeira quando proíbe o legislador de criar leis penais cujas sanções abstratamente previstas sejam totalmente desproporcionais com o delito praticado⁵⁶; a segunda, já no plano concreto de aplicação da lei, determinando que deve haver proporcionalidade, pelo julgador, ao fixar a pena, dosando-a na medida certa e necessária à reprovação e prevenção do crime.

7. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Pelo princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da subsidiariedade, o Direito Penal deverá intervir apenas na defesa de bens jurídicos absolutamente imprescindíveis para a vida pacífica em sociedade. Se tais bens puderem ser protegidos por outro modo, menos gravoso do que a atividade interventiva penal, então não se justificará o seu agasalhamento sob o manto do Direito Penal. Assim, a lei penal é a “ultima ratio” para a prevenção político-criminal.

Entendemos que o princípio da intervenção mínima deverá ser observado quando da edição da lei penal, complementando o princípio da reserva legal, eis que, a atual concepção de democracia não se coaduna com sanções criminais excessivas, inflacionando o leque de condutas proibidas. Assim, temos que se o bem jurídico puder ser protegido por outra forma, que não o Direito Penal, a insistência do legislador em classificar o atentado a tal bem como crime importará em afronta ao princípio da reserva legal, uma vez que a interpretação deste último princípio não pode ser feita por um critério rígido e isolado, pelo contrário, deverá abarcar tudo quanto necessário for para a proteção do direito maior do ser humano, que é justamente o direito à liberdade.

Disso ressalta que o Direito Penal é fragmentário, pois a sua função de proteção aos bens jurídicos não é absoluta, eis que somente devem ser defendidos penalmente

⁵⁶ Apenando-se, por exemplo, um delito de baixa lesividade com uma pena excessiva de reclusão.

frente a certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas aquelas ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização, operando-se uma tutela seletiva do bem jurídico.⁵⁷

⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 84.

Capítulo III

ESPÉCIES NORMATIVAS

1. Noções introdutórias – 2. Espécies normativas: 2.1. Das emendas constitucionais; 2.2. Das leis; 2.2.1. Leis complementares; 2.2.2. Das leis ordinárias; 2.2.3. Das leis delegadas; 2.3. Dos decretos legislativos; 2.4. Das resoluções; 2.5. Das medidas provisórias; 2.5.1. Enfoque histórico; 2.5.2. O decreto-lei e a medida provisória; 2.5.3. Do “Decreto-legge”; 2.5.4. Conceito; 2.5.5. Natureza jurídica; 2.5.6. Os pressupostos de relevância e urgência; 2.5.7. Eficácia da medida provisória; 2.5.8. Do restabelecimento da legislação anterior; 2.5.9. Do controle jurisdicional da medida provisória.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Constituição Federal de 1969 adotou a expressão “Do Processo Legislativo”¹ para designar, em todas as suas modalidades, a iniciativa da elaboração legislativa. Significa dizer que o regime republicano brasileiro adotou o princípio segundo o qual a função legislativa, que compreende o conjunto das atribuições necessárias para a elaboração das leis, é conferida pela Constituição ao Poder Legislativo e exercida pelo Congresso Nacional, com a colaboração do Presidente da República, através do ato sancionatório, que compete a este, nos termos do artigo 84, IV da vigente Constituição Federal.

Já na Constituição anterior, a iniciativa da elaboração de leis cabia a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Presidente da

¹ Constituição Federal de 1988, Título I, Capítulo VI, Seção V.

República e aos Tribunais Federais, com jurisdição em todo o território nacional², estabelecendo-se, porém, a competência exclusiva, em determinados casos.³

Segundo o princípio da separação e harmonia dos poderes públicos, como órgãos da soberania nacional, divide-se o Estado democrático em três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Concebida para garantir a liberdade dos indivíduos, a teoria da separação dos poderes foi incorporada ao constitucionalismo. Essa teoria foi acolhida num período em que se buscavam meios para enfraquecer o poder do Estado, vez que a evolução da mente humana já não suportava a interferência estatal na vida social, a não ser como diligente e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos.

Neste sentido, dispõe Dalmo de Abreu Dallari⁴ que :

“Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, completando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação. Assim é que, já na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, consta do § 5.º que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário.”

A preocupação em efetivar a divisão de poderes, com o objetivo de assegurar a liberdade, produziu efeitos em todo o movimento constitucionalista, restando consagrado nas Constituições de quase todo o mundo.

Na verdade, no mundo político contemporâneo, processa-se antes uma distinção e equilíbrio de poderes, sob a base de um controle recíproco entre eles. A distinção e controle recíprocos são o fundamento do princípio da separação de poderes, “que se realiza de uma maneira integral no presidencialismo puro, ou de uma forma atenuada e flexível no sistema parlamentar, suavizada pelos mecanismos da responsabilidade ministerial e da dissolução”.⁵

As funções do Poder Executivo são eminentemente administrativas, no funcionamento do mecanismo governamental. Ao Poder Judiciário incumbe-se a função

² Constituição Federal de 1969, artigo 56.

³ Constituição Federal de 1969, artigo 52.

⁴ DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*. 17 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 184.

⁵ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito Constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1971, p. 126-127.

de julgar ou fazer Justiça. O Poder Legislativo, por sua vez, tem como função, elaborar normas através de um processo legislativo.⁶

O processo legislativo é um termo que pode ser entendido sob duplo sentido: jurídico e sociológico. No âmbito jurídico, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser respeitado pelos órgãos competentes na produção das leis e atos normativos que derivam diretamente da Constituição. Sociologicamente, é o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores no mister de exercitarem suas tarefas.⁷

Os atos realizados através do processo legislativo brasileiro visam a criação das espécies normativas previstas no art. 59 da Magna Carta vigente, que são:

“[...]”

I – emendas à Constituição

II – leis complementares;

III – leis ordinárias;

IV – leis delegadas;

V – medidas provisórias;

VI – decretos legislativos;

VII – resoluções”.

A obediência ao regular processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma decorrente da observância ao princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que, por tal princípio, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional determinando, deste modo, a Constituição

⁶ Pinto Ferreira (Op. cit, pág. 120,), citando LASKI, informa, sobre os poderes do Estado, que “primeiramente existe o chamado poder legislativo. Este poder estabelece as normas gerais da sociedade. Afirma os princípios, com respeito aos quais os indivíduos ajustam a sua conduta. Aparece em segundo lugar, o poder executivo. Este poder se dedica a adaptar as normas gerais às situações particulares; se, por exemplo, foi aprovada uma lei sobre aposentadoria, em caso de velhice, concede a soma especificada a quem tem direito de percebê-la. Em terceiro lugar, existe o poder judicial. Este poder determina a maneira pela qual o poder executivo realizou suas funções. Vela para que o exercício do poder executivo se acomode às disposições gerais, ditadas pelo poder legislativo; pode, por exemplo, como no caso Ex parte O’Brien, declarar que uma decisão particular é, de fato, ultra vires. Formula, também, as relações entre os cidadãos, de uma parte, e entre estes e o Governo de outra, quando se promovem questões, que não são suscetíveis de acordo”.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed, São Paulo: Atlas, 2000, pág. 505.

Federal, quais os órgãos e quais os procedimentos de criação de normas gerais.^{8,9}

O constituinte categorizou, dentre as espécies normativas, a medida provisória, espécie apta a criar direitos e obrigações nos limites previstos na Constituição e na forma procedimental ali consagrada. Mais do que isso, a medida provisória consiste em um dos vários instrumentos que devem nortear o possível equilíbrio entre as funções executiva e legislativa. No desenrolar deste trabalho, buscar-se-á também constatar se a referida espécie normativa servirá como mantenedora desse equilíbrio ou se o descontrole abusivo de suas edições estará pondo em risco a supremacia Constitucional e a secular divisão dos poderes do Estado Democrático de Direito.

A seguir, serão examinadas, de forma rápida, cada uma das facetas da elaboração legislativa, chamadas de “espécies normativas”, para depois dedicar-se, exclusivamente, à medida provisória, especificamente na edição de leis penais, objeto dos próximos capítulos.

2. ESPÉCIES NORMATIVAS

As espécies normativas primárias¹⁰ estão previstas no artigo 59 da Magna Carta, e são elaboradas pelo Poder Legislativo, como visto, através de um processo legislativo.

Antes da abordagem de cada uma delas, é importante conceituar “processo legislativo, atos e procedimentos”, vez que é através do processo legislativo que se exterioriza a medida provisória, como espécie normativa constitucionalmente prevista.

Por “processo legislativo” entende-se “o conjunto de atos realizados pelos órgãos legislativos visando a formação de leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos”¹¹, tendo como objeto a elaboração das espécies normativas previstas no artigo 59 da atual Constituição.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, pág. 19.

⁹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 505, nota 7.

¹⁰ Diz-se “espécies normativas primárias” para aquelas normas que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 524.

Através deste processo, dá-se a iniciativa legislativa, na forma de apresentação de projetos de lei ao Legislativo, de possíveis emendas a esses projetos, ou então como sanção e veto, com conseqüente promulgação e publicação da lei, existente desde a sanção ou veto rejeitado.

Já o procedimento legislativo é o modo como esses atos se realizam. Diz respeito ao andamento da matéria nas Casas legislativas. É o que se chama na prática, segundo José Afonso da Silva¹², de “tramitação do projeto”, que pode ser da forma ordinária¹³, sumária¹⁴ ou especial.¹⁵

2.1. Das emendas constitucionais

A emenda (ou revisão) dos textos constitucionais, prevista no artigo 60 da Magna Carta vigente, decorre do princípio da supremacia da Constituição. Trata-se de um princípio decorrente da teoria segundo a qual a Constituição ocupa uma posição superior no ordenamento jurídico do Estado, em relação à lei ordinária, a qual não pode modificar ou contrariar o Texto constitucional¹⁶, conforme estudado no Capítulo I.

Do latim *emendare*, corrigir, reformar, significa a manifestação do Poder Constituinte derivado que visa a reformar, parcialmente, a Constituição. Acontece que o Poder Constituinte originário, ao criar a Constituição, institui o Poder Constituinte derivado, com a missão de reformar, atualizar, periódica e parcialmente o Texto constitucional, mediante emendas. Estas são peculiares às Constituições rígidas, que exigem um processo legislativo específico de reforma. É o caso da atual Constituição como, de resto, o das demais constituições republicanas do Brasil. Nestes termos, mais sucintamente, emenda constitucional é a reforma ou acréscimo que se faz, por intermédio dos órgãos competentes, ao articulado de uma Constituição rígida. A

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 529-32.

¹³ Consiste no chamado “procedimento legislativo ordinário”, ou seja, um procedimento comum, destinado à elaboração das leis ordinárias.

¹⁴ Este é o “procedimento legislativo sumário”, destinado a casos urgentes. Salienta-se que cabe ao Presidente da República solicitar a urgência para apreciação de projeto de sua iniciativa.

¹⁵ São os procedimentos legislativos especiais, estabelecidos para a elaboração de emendas, de leis delegadas e complementares e de medidas provisórias.

¹⁶ SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 387.

emenda à Constituição é expressamente prevista no processo legislativo federal, mais precisamente, no inciso I do artigo 59 da aludida Carta. Os órgãos investidos no Poder Constituinte derivado ou de emenda, são, nos termos do artigo 60 da citada Constituição: I - os membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - o Presidente da República; e III - as Assembléias Legislativas das unidades federadas.

Sendo a Constituição rígida, por definição, uma espécie de diploma legal de alteração relativamente dificultosa, a fim de se evitarem modificações freqüentes, muitas vezes fúteis, exigem-se, para sua reforma, requisitos e vedações inafastáveis. Assim, a proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, nos termos do artigo 60, § 2.º. Por outro lado, a Lei Magna não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, conforme a previsão legal do artigo 60, § 1.º. Ainda mais significativas, são as matérias que não podem ser atingidas pela emenda, dispondo, a respeito, o § 4.º deste mesmo artigo. São as limitações expressas à reforma da Constituição.

O poder de reforma constitucional é, ainda, um poder circunscrito a limitações tácitas, oriundas dos princípios e do espírito da própria Constituição. Essas limitações tácitas, segundo Paulo Bonavides¹⁷, são aquelas referentes à extensão da reforma, à modificação do processo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário. Prossegue o citado autor, comentando cada uma das espécies de limitação tácita, afirmando que:

“Quanto à extensão da reforma, considera-se, no silêncio do texto constitucional, excluída a possibilidade de revisão total, porquanto admiti-la seria reconhecer ao poder revisor capacidade soberana para ab-rogar a Constituição que o criou, ou seja, para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade mesma. Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional [...] A seguir, levanta-se a questão de saber se o poder revisor é competente para modificar o próprio sistema de revisão. Colhe-se a esse respeito uma resposta negativa da maioria dos publicistas, uma vez que consentir na possibilidade dessa alteração seria conferir ao poder constituinte derivado

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1988, p. 178.

característicos que ele não possui de poder constituinte originário. Dotado de competência ilimitada e soberana, esse último poder é o único com a faculdade legítima de alterar o procedimento reformista. ... A experiência política da França, sendo uma das mais ricas do constitucionalismo ocidental, oferece-nos ainda à consideração um problema que ali já se manifestou concretamente em matéria de reforma da Constituição: o de precisar se o poder constituinte derivado pode ou não ser substituído pelo poder constituinte originário, à sombra de uma omissão constitucional ... o emprego de tal método viola a Constituição, assim na forma como no espírito, porquanto transgride as regras estabelecidas de convocação do poder constituinte, havendo nesse caso uma singular modalidade de ‘fraude ao poder constituinte’.”¹⁸

O princípio da supremacia da Constituição decorre da hierarquia que se estabelece no ordenamento jurídico do Estado, sob o regime das cartas políticas rígidas¹⁹, reiterando a suprallegalidade da Constituição Federal.

Não há como conceber modificações na Magna Carta através de leis ordinárias, porque é dotada de uma superioridade gritante com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia é necessária e se justifica, vez que visa manter a estabilidade social do Estado, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva.

Neste pensar, uma Constituição tem validade em virtude da vontade política existencial do Poder Constituinte que a concebe. Todavia, como nenhuma obra humana é eterna, o mesmo pode-se dizer do fenômeno jurídico, cuja evolução é manifesta em relação a cada sociedade, no tempo e no espaço. Significa que os textos constitucionais costumam ter um determinado grau de permanência histórica, podendo-se expressar como “imutabilidade relativa das leis constitucionais”.

Assim acontece porque o direito é “movimento e vida, síntese dialética entre as forças de transformação da sociedade e as tendências do conservantismo, devendo reajustar constantemente as necessidades do progresso com as tradições históricas”.²⁰

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 178 e 179.

¹⁹ Constituições rígidas são aquelas que estabelecem formalidades solenes e especiais para a sua modificação. As Constituições flexíveis prevêm a possibilidade de sua modificação sem formalidades especiais.

²⁰ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito Constitucional moderno*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1971, p. 158.

Nesse diapasão, assevera Paulo Bonavides²¹ que “a imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises”.

A “atualização” das diretrizes constitucionais é possível mediante previsão ínsita na próprio texto da Magna Carta, cujo legislador denominou “emenda à constituição”, no artigo 59, inciso I. Todavia, essa “alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da Constituição”.²²

Segundo Alexandre de Moraes²³, estas alterações servem tão-somente para atualizar a Constituição e em momento algum para mudá-la, pois certamente não é a reforma constitucional o modo mais adequado para revoluções constitucionais. Prossegue dispondo que:

“A substituição de uma constituição por outra exige uma renovação do poder constituinte e esta não pode ter lugar, naturalmente, sem uma ruptura constitucional, pois é certo que a possibilidade de alterabilidade constitucional, permitida ao Congresso nacional, não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário.”

Nesta linha de raciocínio, mister se faz distinguir conceitos terminológicos de reforma, emenda ou revisão do texto constitucional propriamente dito, de outros processos de alteração das leis complementares, orgânicas ou delegadas, dependendo da previsão do respectivo processo legislativo estabelecido em cada Constituição, bem como a interpretação judicial ou os costumes políticos.

Certo é que há entendimentos diversos sobre esses conceitos. Para Pinto Ferreira²⁴, “a reforma constitucional é a modificação do texto das leis constitucionais, com a necessária observância das formalidades prescritas no próprio corpo da Constituição”. Entende o aludido autor que se pode usar indistintamente os

²¹ Op. cit., p. 173-174, nota 17.

²² MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 523, nota 7.

²³ Idem, ibidem, p. 523.

²⁴ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito Constitucional moderno*, vol. I, pág. 161.

termos de “reforma”, “revisão” ou emenda, que “se nivelam na mesma sinonímia”, muito embora certas doutrinas tenham tentado tecer diferenças técnicas.

Em sentido contrário, Paulino Jacques²⁵ entende que a reforma compreende “qualquer modificação ou alteração na Constituição, inclusive a revisão ou emenda, esta é a modificação parcial, enquanto que a revisão corresponde à alteração geral da Carta Política”.

Na verdade, trata-se de diferenças terminológicas, cuja definição dependerá do próprio texto constitucional. A atual Carta Política brasileira, por exemplo, adotou a terminologia “emenda”, que poderá ocorrer, mediante proposta, na forma prevista no artigo 60, I a III, parágrafos e incisos.

A emenda constitucional, antes de aprovada, é apenas um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade. Depois, ingressa no ordenamento jurídico como preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas originárias.

Ocorre desta forma pois, conforme assinala Alexandre de Moraes²⁶, “a emenda à constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário”.

Obedecendo à forma e aos preceitos constitucionais, a emenda ingressará no ordenamento jurídico, devendo ser compatibilizada com as demais normas ordinárias. Mas, se alguma das limitações impostas pelo texto constitucional pertinente for desrespeitada, será considerada inconstitucional, e imediatamente retirada do ordenamento jurídico, através de regras de controle de constitucionalidade.

2.2. Das leis

A lei nada mais é do que uma regra social obrigatória, e, geralmente, imperativa, limitando-se a estabelecer um comando contido na norma jurídica.

Em relação à terminologia, pode-se dizer que é de etimologia incerta. A mais aceita, atualmente, faz derivar o termo do sânscrito “lagh”, que originou

²⁵ JQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Apud SOARES, Orlando. Op. cit., p. 390, nota 16.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. p. 523.

o verbo grego “légein” e a conhecida expressão latina “lex”, sugerindo, por outro lado, a idéia de estabelecer, tornar estável, permanente.

O termo “lei”, em sentido amplo, aplica-se à natureza como um todo, seja no mundo físico ou no mundo humano; assim, diz-se lei moral, lei jurídica, lei da gravidade ou lei da oferta e da procura. Foi nesta acepção que Montesquieu definiu as leis como relações necessárias que decorrem da natureza das coisas.

Certo é que, na disciplina da vida em sociedade, a lei é a forma mais expressiva que assume o Direito, secundada pelo costume.

Então, a lei pode ser definida como o preceito escrito, elaborada por órgão competente e forma previamente estabelecida, mediante o qual as normas jurídicas são criadas, modificadas ou revogadas.²⁷

Na atualidade, tanto a lei quanto a legislação²⁸ são expressões positivadas do direito, ou seja, a manifestação do direito como ciência. O Código, por sua vez, é o corpo de disposições legais, dispostas sistematicamente, que regem um ramo especial de direito, como acontece com o Código Civil, Código Penal e outros.

Vale salientar que, mais do que interesses econômicos ou jurídicos, as leis e códigos refletem sentimentos, como normas reguladoras da vida, em todas as suas manifestações e, de acordo com sua natureza e âmbito de aplicação, classificam-se em substantivas ou materiais, processuais ou instrumentais, comerciais, constitucionais, especiais, ordinárias, orgânicas, orçamentárias, complementares, e outras classificações.

Assevera Pontes de Miranda²⁹ que para todos os efeitos jurídicos “a lei é lei, o decreto é lei, o regulamento é lei, o regimento é lei, a instrução é lei, o aviso é lei, e a própria portaria é lei”.

Sendo assim, o ordenamento jurídico de um povo compõe-se de leis, ou seja, normas ou regras escritas, acrescidas de regras morais, que determinam o comportamento social. Este conjunto de normas escritas, por sua vez, constitui a ordem legal. A Constituição federal de 1988, em seu artigo 59, II, III e IV, trata das leis

²⁷ CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 1, 1953, p. 23-24.

²⁸ Corresponde ao conjunto de leis sobre determinada matéria.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981, p. 369.

complementares, das leis ordinárias e das leis delegadas, que, para efeitos meramente didáticos, serão analisadas nesse momento.

2.2.1. Das leis complementares

Hierarquicamente, as leis complementares encontram-se com caráter de superioridade às leis ordinárias. Objetivam regular aqueles preceitos constitucionais que não são auto-aplicáveis. Dada a sua natureza extraordinária e sua função de relevo como instrumento de execução das Constituições, exige ‘quorum’ especial para sua aprovação.

As leis complementares, também chamadas de ‘lei complementar à Constituição’, consistem, como o nome mesmo diz, no diploma legal destinado a complementar a Constituição, conforme orientação desta. É a própria Lei Magna que determina a complementação de seu texto mediante esta espécie de lei.

Aprovado por maioria absoluta (metade + 1) o que diferencia do ‘quorum’ para aprovação de lei ordinária, maioria simples, ou seja, metade + 1 dos presentes. Assim, a lei complementar difere da lei ordinária pois se dá por maioria absoluta enquanto esta por maioria simples.

Não havendo algo a ser complementado, não há que falar em lei complementar. Ademais, a lei complementar não está, evidentemente, equiparada ao texto constitucional, sendo, hierarquicamente, inferior a este e à própria emenda.³⁰

Assim, relativamente à Constituição, a lei complementar é norma secundária ou fundada, sendo a norma constitucional primária ou fundante. A atual Carta depende, em inúmeros casos, da elaboração de leis complementares para ter eficácia plena. Por isso, é correto afirmar que a existência de leis complementares se justificam pelo fato de não existir Constituição completa. Todas necessitam de textos complementares que as interpretem, para a construção do seu mecanismo.

Porém o legislador ordinário não tem discricionariedade para selecionar os textos objeto de lei complementar, a orientação do que deverá ser complementado deverá ser dada, como dito, pela própria Constituição.

³⁰ Conforme dispõe o artigo 59, I e II, da Constituição Federal em vigor.

Como se vê, a lei complementar existe porque algumas matérias não podiam ser reguladas pela própria Carta Magna, eis que dependentes de futuras realizações. Por outro lado, não poderiam ficar à mercê de constantes alterações através de um processo legislativo ordinário. Desta forma, com a instituição da lei complementar, o constituinte pôde resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, sem impedir sua necessária modificação. Por isso constituem espécie normativa diferenciada, com processo legislativo próprio e matéria reservada.

2.2.2. Das leis ordinárias

As leis ordinárias são aquelas de natureza comum, assim denominadas no processo legislativo³¹ para distingui-las da lei complementar ou delegada, já que, na prática, é denominada simplesmente lei. É votada mediante processo ordinário.

Importante salientar que as leis ordinárias distinguem-se das leis complementares, tanto no aspecto material como no formal. No sentido material a diferença pauta-se no entendimento de que somente poderá ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Magna Carta, enquanto todas as demais matérias deverão ser objeto da lei ordinária. No sentido formal, diz respeito ao processo legislativo, na fase de votação. É, ao contrário da lei complementar, aprovada por maioria simples.

Em suma, tratam-se de leis de hierarquia diversa, vez que não há como conceber que a lei complementar, sendo aprovada por maioria absoluta, venha a ser revogada por uma lei ordinária, aprovada por maioria simples. Além disso, as leis complementares só podem tratar de situações expressas pela Constituição, seguindo processo legislativo especial, dependendo da matéria e da própria exigência constitucional.

³¹ Conforme previsão dos artigos 59, III e 61, “caput”, da Constituição Federal de 1988.

2.2.3. Das leis delegadas

As leis delegadas são instrumentos pelos quais o Poder Legislativo transfere ao Poder Executivo, em determinados casos, a competência para legislar sobre certas matérias.

Previstas no artigo 68 da Constituição Federal, tem por objetivo dar os instrumentos para o Presidente da República adotar certos mecanismos que a lei permite, solicitada por resolução ao Congresso Nacional, que fixa seus limites, refletindo a moderna tendência do Direito Público quanto à admissibilidade de o Legislativo delegar, ao Presidente da República, poderes para elaboração de leis em casos expressos. Tal tendência acha-se em flagrante oposição à tradicional doutrina de separação dos poderes, mas, na verdade, atualmente, predomina a concepção da interdependência dos poderes, ainda que temperada face às matérias reservadas, não a mera independência destes, como categorias estanques.

As leis delegadas, emitidas mediante expressa delegação do Legislativo, acham-se equiparadas às leis ordinárias, pelas quais podem ser alteradas ou revogadas. Vale frisar que a delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.³²

Em outras palavras, Alexandre de Moraes³³ define essa espécie normativa como sendo:

“Ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autoridade do Poder Legislativo, e nos limites postos por este, constituindo-se verdadeira delegação externa da função legiferante e aceita modernamente, desde que com limitações, como mecanismo necessário para possibilitar a eficiência do Estado e sua necessidade de maior agilidade e celeridade.”

Muito embora cercada de particularidades, como a necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de uma resolução, autorizando o Presidente da República a editá-la, quanto ao conteúdo e eficácia não passa de uma espécie normativa primária, eis que derivada do Texto constitucional.

³² Conforme o art. 68, “caput” e § 2º, da Magna Carta.

³³ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 343, nota 7.

Da mesma forma que a lei complementar, a lei delegada também necessita de um processo legislativo especial. Assim, prevê a Constituição que serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional, exercendo a denominada ‘iniciativa solicitadora’. É importante lembrar que, caso os atos normativos do Poder Executivo exorbitarem os limites de delegação legislativa, previstos pela Constituição, caberá única e exclusivamente ao Congresso Nacional sustar a lei delegada.

2.3. Dos Decretos Legislativos

O Decreto-Legislativo é ato administrativo emanado do Poder Executivo, com o fim de regulamentar a lei propriamente dita, ou de ensejar, a tal Poder, a realização dos atos inerentes à sua competência. Assim, em sentido amplo, decreto consiste em todo ato ou resolução emanado de um órgão do poder público competente, com força obrigatória e um fim político, administrativo ou jurídico.³⁴

Como todo ato administrativo, o decreto é, hierarquicamente, inferior à lei e, por isso, não a pode contrariar. O decreto pode ser autônomo ou regulamentar. Autônomo, quando versa matéria ainda não tratada, especificamente, por alguma lei, suprimindo, portanto, omissões do direito positivo. Não pode, evidentemente, cuidar de matérias que somente por lei possam ser disciplinadas. Esta espécie de decreto supre, contingencialmente, a falta de lei e, tão logo vigente esta, deixa de gerar efeitos. Regulamentar ou de execução é o decreto que visa a explicar o conteúdo da lei e facilitar sua execução. Acha-se expressamente previsto na Constituição Federal, sendo de competência privativa do Presidente da República.³⁵

O decreto legislativo, por sua vez, “é a espécie normativa destinada a veicular as matérias de competência do Congresso Nacional, previstas, basicamente, no artigo 49 da Constituição Federal”.³⁶

Entenda-se que são para regular matérias do Congresso Nacional no âmbito administrativo, eis que possui natureza administrativa que traduz deliberação do Congresso Nacional sobre matéria de sua competência.

³⁴ SOARES, Orlando. Op. cit., p. 396, nota 16.

³⁵ Conforme o artigo 84, IV, da citada Magna Carta.

³⁶ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 545.

O projeto de lei definitivamente aprovado no âmbito do Legislativo constitui um decreto legislativo, que somente transformar-se-á em lei se for sancionado pelo Presidente da República. O decreto legislativo, a exemplo do decreto oriundo do Executivo, não tem caráter de lei, pois não estabelece direito novo; transformar-se-á em lei, como visto, somente após a sanção do Executivo.

Também constituem atos normativos primários, porque previstos expressamente no Texto constitucional, veiculadores da competência exclusiva do Congresso Nacional, cabendo ao próprio Congresso disciplinar o procedimento, uma vez que o referido procedimento não é tratado pela Constituição.

Da mesma forma, por constituir espécie normativa primária, o decreto legislativo obedecerá processo legislativo especial, devendo ser instruído, discutido e votado em ambas as casas legislativas, e se aprovados, promulgados pelo Presidente do Senado Federal, na qualidade de presidente do Congresso Nacional, que determinará a devida publicação.³⁷

2.4. Das Resoluções

As resoluções também são espécies normativas primárias, que tratarão da regulação de determinadas matérias pelo Congresso Nacional, não incluídas no campo de incidência dos decretos legislativos e da lei.

Assim, consiste em um diploma legal que integra o processo legislativo federal, como prevê o artigo 59, VII, da Constituição, destinando-se a regular matéria de competência do Congresso Nacional e de suas Casas. Tem efeitos internos, eis que são resoluções os regimentos internos das Casas do Congresso. Nisto as resoluções diferem dos decretos legislativos, estes dotados de efeitos externos, e destinados a regular matérias de competência exclusiva do Congresso, conforme previsão do artigo 49, da Magna Carta. Todavia, por exceção, há resoluções dotadas de efeitos externos, como os casos dos artigos 68, § 2.º e 52, IV a X da aludida Carta. O processo de elaboração das resoluções será disciplinado pelos regimentos internos, em face de o texto constitucional ser omissivo a respeito.

³⁷ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 546.

Segundo se extrai do artigo 213, 'c', do Regimento Interno do Senado Federal, e do artigo 110, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, resolução é o ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, tomando por procedimento diferente do previsto para a elaboração de leis, destinado a regular matéria de competência do Congresso Nacional, ou de competência privativa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

Em relação ao processo legislativo para a elaboração das resoluções, como a Carta Magna restou omissa, cabe ao regime interno (da) [de] cada uma das Casas e ao Congresso Nacional discipliná-lo. Também não haverá sanção nem veto, por tratar-se, como os decretos legislativos, de matéria de competência do Poder Legislativo.

2.5. Das Medidas Provisórias

2.5.1. Enfoque Histórico

A origem da medida provisória, tal como se apresenta hoje, funda-se na Carta italiana de 1947. Surgiu como uma forma de contraposição à habitual morosidade do Poder Legislativo da época. O Chefe do Estado, com função meramente representativa como acontece no sistema parlamentarista, pensou num instrumento que permitisse, em casos extraordinários de necessidade, atuar de modo rápido e eficaz.

Inspirado no artigo 77 da Constituição italiana de 1947, o constituinte brasileiro incluiu na Constituição atual, entre as espécies de atos do processo legislativo, as medidas provisórias. Transferiu o instituto italiano para um ambiente distinto daquele em que foi concebido, ou seja, de um sistema parlamentarista, onde a supremacia do Poder Legislativo é incontestável, para um sistema presidencialista, onde todas as expectativas são centradas no Chefe do Estado.

No Brasil, o decreto-lei, como sendo uma primitiva espécie de medida provisória, tem nascedouro histórico na Carta Política de 10 de novembro de 1937, com ares mais absolutistas, pois era equiparado à lei, não sendo necessária a chancela do legislativo para a sua conversão definitiva. Assim, totalmente descaracterizado e sem as devidas garantias contra o abuso, adotado pelo constituinte italiano, insere-se, no Brasil, a figura dos “provvedimenti provvisori com forza di

legge”, nominados de “decretos-lei”, plenamente caracterizados naquela Carta e, sob os comandos do autoritarismo getuliano, tornaram-se modo habitual de legislação.

Depois disso, foi expurgado pelo Estado Novo. Desde a redemocratização, após a morte de Getúlio Vargas, até o movimento militarista ocorrido em 1964, não se verificou no sistema brasileiro, segundo Andréa Gorenstein³⁸, novo traço de sua recepção.

Volta a ser mencionado nos Atos Institucionais³⁹ n.º 2 e n.º 4, seu retorno ao âmbito constitucional se deu na Constituição de 1967, uma Carta direcionada à centralização do poder.

A partir daí, o constituinte passou a exigir a urgência ou interesse público relevante, condicionado ainda a um não aumento de despesa para a instituição do decreto-lei. Neste sistema só a matéria concernente a segurança nacional e às finanças públicas podia ser veiculada por decretos-lei.

Por força do Ato Institucional n.º 5 editado em 1968, o Presidente da República podia legislar através de decretos-lei sobre qualquer matéria durante o recesso do Congresso Nacional.

Neste período revolucionário, o Ato Institucional autorizava o Presidente da República a decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores por Ato Complementar em estado de sítio ou fora dele, exercendo as atribuições previstas nas constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios.

Para confirmar tamanha aberração, o artigo 58 da Constituição de 1967 determinava que, publicado o Ato, teria vigência imediata. O Congresso aprovaria ou rejeitaria o texto, no prazo de sessenta dias. Não se admitia emenda e se não houvesse deliberação de forma tácita, dar-se-ia por aprovado nesse prazo.

³⁸ GORENSTEIN, Andréa. *Limites Constitucionais das medidas provisórias*. In: Direito Constitucional. Coord. José Janguê Bezerra Diniz. Brasília: Editora Consulex, 1988, p. 536-547.

³⁹ No Brasil, desde o início do regime militar, em abril de 1964, até a Emenda Constitucional n.º 11, de 13.10.78, vigoraram os chamados “atos institucionais”, que nada mais eram do que expressão da supremacia do poder de fato que controlava o País se posicionando acima das instituições jurídicas, e prevalecendo sobre a Constituição formal.

O Constituinte de 1969 ampliou significativamente a área de atuação dos decretos-lei para abranger também as normas tributárias e a criação de cargos públicos.

Contudo, depois da Revisão de 1971, o Governo, pressionado pela crescente oposição das forças democráticas, passou a exigir autorização legislativa para tratar das matérias reservadas.

Com a edição da Constituição de 1967, muito embora conhecidas as críticas dirigidas às categorias dos decretos-lei⁴⁰, o Constituinte os consagrou com grande autonomia e amplitude. Neste período, o decreto-lei era considerado ato legislativo, editado pelo Executivo e com força de lei, com faixa restrita de atuação, com quanto o abuso tenha sido grande ao ampliar o Executivo demasiadamente seu leque. Era diferente da lei delegada porque a competência presidencial não resultava de autorização do Legislativo, mas constituía-se em fonte formal do direito.

Apesar de pouco diferir das medidas provisórias quanto à sua funcionalidade no sistema, os decretos-lei não permaneceram no sistema brasileiro, após a Constituição de 1988, que passou a instituir a medida provisória.

Considerando-se este quadro histórico-evolutivo, aproximam-se as medidas provisórias dos decretos-lei, no entendimento de Geilson Salomão Leite e Lindberg Leitão Batista⁴¹, em dois aspectos, a saber: “procedimento legislativo” e “competência material”.

Segundo esses autores, quanto ao procedimento legislativo, as constituições brasileiras de 1967 e 1988 mantiveram-se idênticas no que pertine a vigência imediata e a proibição de se emendar os institutos em análise, exatamente pela competência exclusiva do Chefe de Estado e a atribuição do caráter de urgência.

No que diz respeito à matéria e aos requisitos de validade, entretanto, tem-se que a Constituição de 1824 já trazia instituto assemelhado à medida

⁴⁰ A oposição criticava os decretos-lei porque os considerava instrumento nas mãos do Governo que os utilizava para fins de manifesto oportunismo político, colocando as assembleias representativas frente a fatos consumados.

⁴¹ LEITE, Geilson Salomão. BATISTA, Lindberg Leitão. *Medidas provisórias: Limites constitucionais em matéria tributária*. In: Direito Constitucional. Coord. José Janguê Bezerra Diniz. Brasília: Editora Consulex, 1998, p. 548-555.

provisória, mas somente para casos de iminente perigo ao Estado, como acontece com a rebelião e invasão de inimigos. Só que a princípio constituía ato especial do Poder Legislativo, cabendo apenas excepcionalmente ao Executivo. Além disso, era imediatamente suspensa tão logo cessasse a necessidade que a motivava.

Na Constituição de 1967, o então decreto-lei dependia apenas de urgência ou interesse público relevante, desde que não resultasse em despesa, e versava, inclusive, sobre segurança nacional e finanças públicas. Este limite de abrangência foi estendido pela Emenda Constitucional n.º 1/69, que passou a permitir a possibilidade de dispor sobre normas tributárias, além de criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Atualmente, a Constituição em vigor, com a nova redação dada ao seu artigo 62 pela Emenda Constitucional n.º 32, datada de 11 de setembro de 2001, prevê expressamente as matérias que não podem ser objeto de medida provisória a ser editada pelo Chefe do Executivo, diminuindo a indeterminação do texto constitucional que tanta angústia trazia aos doutrinadores. Hoje, o artigo 62 da CF foi alterado, limitando, o seu § 1.º, as matérias que não podem ser disciplinadas através dessa espécie normativa, *in verbis*:

“§ 1.º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3.º”

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar.

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República”.

2.5.2. O decreto-lei e a medida provisória

Tanto a medida provisória quanto o antigo decreto-lei se assemelham por serem instrumentos normativos outorgados, constitucionalmente, ao Presidente da República. Mas suas semelhanças não vão muito além dessa atribuição.

O decreto-lei, conforme previa a Constituição de 1937, consistia na atividade normativa eventual atribuída ao Poder Executivo. Suprimido da Constituição de 1946, juntamente com a delegação legislativa, essa espécie normativa reaparece na Constituição de 1967, com a denominação de “decretos com força de lei”, com o objetivo de reforçar os poderes do Executivo.

Nos termos do artigo 55 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969:

“O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento relevante de despesa, poderá expedir decretos-lei sobre as seguintes matérias:

I – segurança social;

II – finanças públicas;

III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1.º Publicado no texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar de seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do artigo 51.

§ 2.º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência”.

"Art. 51 *omissis*

§ 3.º Na falta de deliberação, dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez seções subsequentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.”

Como se vê, da mesma forma que a medida provisória, o decreto-lei possuía eficácia de lei mas, para ser convertido em lei, não precisava da manifestação positiva do Congresso Nacional. Era havido como aprovado tal como editado, não podendo sequer ser emendado. Assim, a omissão do Congresso

correspondia à sua aprovação. A medida provisória, por sua vez, não prescinde de prévia aprovação.

No prazo de sessenta dias poderia ser aprovado ou rejeitado, ao contrário da medida provisória cujo texto constitucional na sua redação original estipulou trinta dias, e hoje, em razão da EC/32, 60 dias.

Quanto ao regime jurídico, o do decreto lei é em todo diverso do aplicável à medida provisória. Verifica-se que os atos praticados durante a vigência do decreto-lei são válidos e eficazes, enquanto que a não conversão da medida provisória em lei importa perda de efeitos desde o início de sua edição, cabendo ao Congresso Nacional regular as relações dela decorrentes. Além disso, a omissão do Congresso Nacional não implica aprovação, carecendo de manifestação positiva deste que, além de pronunciar sobre suas conveniências e oportunidades, tem a prerrogativa de emendá-la, hipótese expressamente rejeitada na sistemática anterior.

Também a edição de medidas provisórias não se restringe, em princípio, a matérias específicas, fugindo do âmbito da sua incidência apenas as matérias elencadas no § 1.º do artigo 62 da Carta Magna, ao contrário do decreto-lei, cuja utilização era permitida para regular questões de segurança nacional, finanças públicas e até mesmo normas tributárias, como visto.

Em relação aos requisitos materiais para a edição do decreto-lei e da medida provisória, tem-se que o decreto-lei podia ser expedido em caso de urgência ou de relevante interesse público, de forma alternativa. A medida provisória, por sua vez, depende da verificação não só da relevância, como também da urgência.

No que respeita a eficácia, tanto um quanto outro são transitórios, eis que dependentes de futura aprovação. Nestes casos, ao invés de revogatória dos atos contrários, como se dá com edição de uma lei, provoca a paralisação temporária da eficácia. Só que a eficácia das normas provindas do decreto-lei, para terem eficácia definitiva e revogatória, dependiam apenas da omissão do Congresso em tempo constitucionalmente determinado. Já a medida provisória precisa de aprovação. Caso o Congresso se omita, evidencia-se perda da sua eficácia, desde sua edição.

Entretanto, o que efetivamente faz a diferença desses dois institutos são os limites materiais da aplicação de cada um deles. A edição de medidas provisórias, quando da promulgação da Constituição de 1988, não se circunscrevia a matérias específicas, como no caso do decreto-lei, que tratava da matéria de forma expressa. Hoje, com a alteração feita no regulamento das medidas provisórias pela EC/32, o Constituinte Derivado houve por bem limitar a edição de medidas provisórias sobre assuntos específicos, permitindo que as matérias não relacionadas às vedações materiais do artigo 62, § 1.º da Constituição possam ser objeto dessa espécie normativa sem restrições.

O que acalma o espírito dos estudiosos da matéria é a estrutura de competência dos Poderes da Magna Carta. Para quem se dedica ao tema com a profundidade que ele necessita, formando uma interpretação exegética da matéria, conclui que como espécie normativa contida no corpo da Constituição Federal, deve ser interpretada dentro deste contexto, sem burlar um sequer dos seus princípios.

Esse também é o entendimento de Humberto Bergmann Ávila⁴², que trata do assunto nos seguintes termos:

“[...] a estrutura de competência dos poderes na CF, com substancial aumento do poder atribuído ao Congresso Nacional, aliada aos princípios democráticos e da segurança jurídica e aos direitos fundamentais, ilustra, de modo bastante significativo, a maneira como o poder normativo excepcional do Poder Executivo deve ser interpretado na sistemática atual, ainda mais do que na anterior: estritamente”.

Está claro que não poderia ser diferente. O sistema político brasileiro está pautado no Estado Democrático de Direito, tendo como objetivos primordiais a liberdade, a segurança e a harmonia social e, para garanti-los, a Constituição prescreve princípios fundamentais que precisam ser atendidos, dentre os quais o princípio democrático e o de separação de poderes. Se a medida provisória, de alguma forma melindra essa separação de poderes, enunciando função legiferante ao Executivo, é de caráter extremamente excepcional, e deve ser tratada de forma a respeitar essa excepcionalidade, não permitindo que uma exceção venha a ferir a estrutura secular do sistema.

⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 30.

Além desses princípios, o intérprete da Lei Maior deve ter em mente, com muita clareza, a necessidade do aprofundamento no estudo de outros princípios, como o da moralidade, proporcionalidade, legalidade, irretroatividade das leis, direito adquirido, e outros não menos importantes.

Do exposto extrai-se, claramente, que a medida provisória tem regime jurídico diverso do anterior aplicável ao decreto-lei, não só porque as regras específicas são diferentes, mas, sobretudo, porque o sistema constitucional no qual estão insertas é diverso.

Humberto Ávila⁴³, apreciando as principais diferenças entre a medida provisória e seu antecessor como espécie normativa de atendimento à circunstâncias excepcionais, afirma que a tendência jurisprudencial da época, no tocante aos decretos-lei, direcionava-se no sentido de entendê-lo como dependente de apreciação discricionária, de tal abrangência que o Executivo tinha liberdade determinar a conveniência e oportunidade para sua edição.

O que vislumbrávamos na prática, até recentemente, é que o Poder Executivo usava as medidas provisórias para regular quaisquer matérias, de maneira ampla e definitiva, inclusive aquelas passíveis de serem submetidas aos prazos e procedimentos do processo legislativo ordinário, ou seja, sequer observava os requisitos de relevância e urgência. Mais do que isso, em flagrante usurpação ao Texto Constitucional, o Executivo reeditava inúmeras vezes algumas medidas, alterando-as e emendando-as conforme conveniência do Presidente da República.

Todavia, embora delicado e grave problema, (função legislativa exercida através de medidas provisórias, sob um regime autoritário tácito) a solução é simples. Basta o atendimento aos valores constitucionais e aos princípios que sempre regeram as Constituições dos Estados.

2.5.3. Do “Decreto-legge”

Tantos problemas jurídico-sociais, decorrentes da instituição de uma espécie normativa de importância ímpar e necessidade comprovada, deve encontrar explicações em suas origens. Assim, mister se faz analisar o “decreto-

⁴³ Op. cit., p. 32, nota 43.

legge” italiano, para constatar se, talvez, não seja ele o responsável pela inspiração do Chefe do Executivo em praticamente legislar através de medidas provisórias.

Estudiosos do assunto dizem que a medida provisória é a versão nacional do “decreto-legge”, previsto na Itália, na Constituição Republicana de 1947, instituída para o regime parlamentar de governo. Ainda nas palavras de Humberto Ávila⁴⁴, “trata-se de medidas que o governo – Presidente do Conselho e os Ministros – pode adotar, sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, devendo ser convertidas em lei, no prazo de 60 dias”.

Segue ele dizendo que se considerados os pressupostos de edição, os pressupostos, os requisitos e os efeitos, em termos teórico-didáticos, percebe-se que o “decreto-legge” e a medida provisória são institutos semelhantes. Todavia, difere quanto ao fundamento literal (na Itália só pode ser editada em casos extraordinários de necessidade e urgência, e aqui de relevância e urgência), ao regime de governo e a sua iniciativa, ou seja, lá a iniciativa é de responsabilidade do Conselho de Ministros, aqui, de uma só pessoa: o Presidente da República.

Comparando o “decreto-legge” com a medida provisória, para se ter uma noção de como é, como deveria ser e como efetivamente funciona, em primeiro lugar mister se faz a constatação de que os princípios fundamentais da Constituição italiana são diversos dos princípios da Constituição Federal brasileira. Não poderia ser diferente eis que refletem relações sociais de duas nações com localização e culturas dessemelhantes. Neste diapasão, a Constituição italiana não apresenta menção aos princípios fundamentais do Estado Democrático de direito. Além disso, existe diversidade de regime de governo (parlamentarista e presidencialista).

Tais distinções refletem diretamente no regime jurídico aplicável aos casos de urgência. Quanto à responsabilidade do Chefe de Estado na edição desta espécie normativa, tem-se que enquanto no Brasil apenas uma pessoa tem competência para instituí-la, no Governo italiano a edição se dá através de um comitê delegado do partido majoritário ou o resultado da colisão de partidos da maioria. Existe uma colaboração democrática entre o Governo e o Parlamento. A amplitude do poder normativo do governo italiano é ligada à sua representatividade que se dá, também, pelo

⁴⁴ Op. cit., p. 33, nota 43.

controle parlamentar, mediante o voto de confiança, determinando-se, assim, os limites da produção normativa.

No sistema brasileiro, por sua vez, no momento da edição não há representatividade direta do Executivo e nem responsabilidade política.

De todo o exposto pode-se concluir que, teoricamente, não existem grandes diferenças entre os dois institutos. Todavia, a utilização da experiência italiana em um sistema diverso, sem a devida adequação, pode conduzir, como se evidencia, a um exercício abusivo do poder normativo pelo Executivo.

2.5.4. Conceito

As eternas relações entre o indivíduo, a sociedade e o Estado são regidas por leis. É inegável a importância que essas leis exercem sobre a vida sócio-política, como garantidoras do bem-estar social de um povo soberano.

A democracia, além da necessidade de regras estabelecendo condições e procedimentos, pede também a separação de funções do poder estatal. Para tanto, desde Montesquieu difundiu-se a teoria da separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por entender que não haveria liberdade onde os poderes Legislativo e Executivo estivessem centrados na mesma pessoa. Todavia, o que acontece com o ordenamento jurídico brasileiro, depois da Constituição de 1988 pode ser no mínimo contraditório à aludida teoria, já que com o instituto da medida provisória, o Executivo chama também para si o que tradicionalmente é atribuição apenas do Legislativo: a criação de normas vinculatórias aos cidadãos.

A medida provisória é um instituto que possibilita expressamente a atuação do Executivo Federal na seara legiferante. Da mesma forma que o antecessor decreto-lei, também é consequência inevitável do crescimento do intervencionismo estatal. O caráter técnico de certas decisões do Governo, mais a necessidade da rapidez de sua tramitação, em nome da "relevância e da urgência", pressupostos do artigo 62 *caput* da Lei Maior, induziram o Parlamento clássico a delegar novos poderes ao Executivo, órgão capaz, por sua própria estrutura, de decisões rápidas.

Deste modo, desenhou-se uma situação técnico-legislativa *sui generis*, frente à discrepância deste instrumento junto ao que dispõem os ordenamentos jurídicos alienígenas, a exemplo do francês, alemão e italiano, que instituíram a medida provisória com o intuito de resolver circunstâncias *ratione necessitatis*, distinguindo quanto ao caráter temporário ali adotado.

Como o Brasil adotou o sistema presidencialista, a instituição de medidas provisórias, diferentemente do que acontece no sistema italiano, é de competência privativa do Presidente da República. Em relação ao pressupostos para edição, já foi visto que poderão ser expedidas quando da existência simultânea de fatos relevantes e urgentes, respeitando-se as vedações materiais do § 1.º, do artigo 62 da Lei Maior, como visto.

Um dos aspectos mais controversos entre os doutrinadores, quando se trata de medidas provisórias, refere-se à atuação do Poder Executivo em matérias que, originariamente, são afetas ao Legislativo.

Não se questiona, em momento algum, a legalidade, vez que a Constituição atribui, taxativamente, competência ao Chefe do Estado, mas sim, indaga-se a ocorrência ou não do desrespeito aos pilares da tripartição efetiva dos Poderes. Aparentemente não existe afronta aos princípios de independência e harmonia entre os Poderes, eis que há a participação do Poder Legislativo no momento de converter a medida provisória em lei. Porém, esse molde é apenas aparente, pois como veremos, há sim a interferência de um Poder no outro.

É importante salientar, frente à especificação de estudo desse trabalho, que as medidas provisórias são dotadas de força de lei mas com estas não se confundem. São atos normativos, com força de lei, adotados pelo Poder Executivo.

Muito embora exista entendimento no sentido de considerá-la lei, não há como assim conceituá-la, analisando peculiaridades de seu procedimento. Acontece que depois da publicação da medida provisória, deverá ser encaminhada de imediato ao Congresso Nacional para sua aprovação ou rejeição.

Além disso, o texto constitucional estabeleceu um marco temporal para a medida provisória ser aprovada. Assim, se aprovada pelo Congresso Nacional, dentro desse prazo constitucional (que é de sessenta dias após sua

publicação), será convertida em lei. Ou seja, se será convertida em lei, prova-se que não tinha essência anteriormente de lei. Mas se rejeitada, perderá sua eficácia.

Em suma, tendo em vista que o texto constitucional que trata da medida provisória não especifica suas características, já que apenas regula sua expedição, a tarefa de defini-la cabe à doutrina. Com base no entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁵, e o auxílio da Constituição Federal em vigor, pode-se conceituá-la, enumerando algumas de suas características. Desta forma, a medida provisória é um ato normativo, com força de lei, editado pelo Presidente da República, sem necessidade de delegação por parte do Congresso Nacional. Subentende-se que se trata de um instituto diverso da lei complementar, da lei delegada ou da lei ordinária.

Em relação à sua eficácia, é imediata, desde a edição, como será analisado mais adiante. Todavia, tem que ser convertida em lei no prazo de sessenta dias⁴⁶ a contar de sua publicação. Mas, se rejeitada pelo Congresso Nacional perde totalmente a eficácia de suas normas, ou seja, implica na anulação "ex tunc" dos atos praticados sob seu comando, se o legislativo não disciplinar de outra forma.

2.5.5. Natureza Jurídica

A medida provisória está inserida no âmbito do art. 59 da Constituição, como ato de elaboração pertinente ao processo legislativo. Em verdade, embora a disposição no texto constitucional permitisse fosse a medida provisória confundida com as demais espécies de atos normativos previstos na Constituição, sua disciplina está muito mais a aproximá-la do instituto da lei delegada e a afastá-la dos demais.

Tal espécie normativa é emanada pelo chefe do Poder Executivo, em circunstâncias excepcionais de relevância e urgência, com força

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, vol. 2, pág. 354.

⁴⁶ O prazo originário de conversão, antes da modificação do artigo 62 da Constituição era de trinta dias. Atualmente, de acordo com o novo regime dado às medidas provisórias pela EC n.º 32, essa conversão deverá se dar em sessenta dias, e não mais em trinta. Assim, dispõe o § 3.º do art. 62 da CF: "As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes".

provisória de lei, uma vez que prescinde da aprovação do Congresso Nacional para se converter em lei, ou então, perder definitivamente sua eficácia desde sua edição.

Nesta linha de raciocínio, constata-se ter, a medida provisória, natureza jurídico-constitucional, com limites previstos na Constituição, porém ter força de lei não significa ser lei. Pelo seu caráter excepcional, a medida provisória não pode tratar de matéria cuja competência já tem atribuição constitucional a outra espécie normativa, sob pena de inconstitucionalidade.

Relacionando a medida provisória com a lei ordinária, procede a tendência de que a peculiaridade de força de lei não serve de fundamento para a sua utilização em matérias não reservadas. Caso exista a necessidade da lei formal, mesmo assim tornar-se-ia injustificável a expedição de medida provisória, pois implicaria, a vontade do legislador, da matéria ser debatida e analisada pelo Parlamento, o que não acontece com o instrumento em tela onde prevalece a vontade do Chefe de Estado. Em relação à lei complementar, a Constituição determina a necessidade de maioria absoluta, através de um processo legislativo específico, o que não acontece na apreciação da medida provisória. Além disso, em matéria destinada a lei complementar, não se fala em relevância e urgência, requisitos inerentes à medida provisória.

Tratando-se de lei delegada, a distinção entre as espécies normativas é clara, eis que só é possível a elaboração da lei delegada após pedido do Presidente da República seguida de autorização do Congresso Nacional sobre matéria específica e delimitada, ou seja, a lei delegada tem limitações impostas pela Magna Carta em relação a matéria o que não ocorre com a medida provisória. Pertinente aos decretos e resoluções administrativas, como os atos são destinados a regular matéria exclusiva do Congresso Nacional, com efeitos externos a ele, não dependendo de sanção e veto. E as resoluções legislativas da mesma forma são destinadas a regular matéria de competência do Congresso e suas Casas, só que com efeitos, na maioria das vezes internos, não há como confundi-las com a medida provisória, o que concretizaria verdadeira usurpação dos poderes pelo Presidente da República.

Relativamente às emendas à Constituição, denota-se total impossibilidade jurídica para ser instrumentalizada por medida provisória. Os impedimentos vão desde a vigência imediata da medida provisória passando por procedimentos distintos para a tramitação no Parlamento, até o ponto de se constatar que a modificação da Constituição é matéria tipicamente legislativa.

Na verdade, apesar de constar no artigo 59 da Magna Carta, a medida não é lei, tem apenas força de lei. Tanto é verdade que a medida quando é publicada não revoga lei anterior que versava sobre a mesma matéria, mas apenas suspende-lhe a eficácia até que seja convertida ou não em lei. Como ensina Michel Temer⁴⁷, lei seria o ato nascido do Poder legislativo que se submete a um regime jurídico pré-determinado na Constituição.

Em suma, pode-se concluir que a medida provisória é um ato normativo, editado pelo Poder Executivo, com base em uma situação pré-existente que informa estado de necessidade, de gravidade e urgência tal que implique na impossibilidade de seguir os procedimentos de quaisquer dos outros atos normativos. É espécie normativa singular.

2.5.6. Os pressupostos de relevância e urgência

Ao se ler o artigo 62 da Constituição Federal, percebe-se que o legislador teve intenção de instituir uma espécie normativa para atender necessidades de relevância e urgência, ou seja, aquela necessidade eventual de combater situações de emergência. Em oposição ao complexo procedimento legiferante imposto pelo Poder Legislativo, contrapõe-se a energia e eficácia do Poder Executivo, sem olvidar-se de utilizar este instituto apenas em situação de caráter excepcional, dependendo do atendimento a algumas condições objetivas.

No artigo 59 lê-se: “O processo legislativo compreende a elaboração de: [...] V – medidas provisórias; [...]”.

O artigo 62 dispõe que:

“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

O artigo 84 prevê que: “Compete ao Presidente da República: ... XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do artigo 62”.

⁴⁷ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 561.

A própria Constituição se encarrega de determinar os pressupostos para a adoção da medida, como a relevância e a urgência, limitando expressa e negativamente os casos de sua utilização.

Mas, como é sabido entre os verdadeiros intérpretes do direito, não há como entendê-lo em partículas isoladas do contexto. A norma perde o sentido se analisada em si mesmo. Apresentando considerações sobre a magnificência da interpretação jurídica, Paulo Bonavides⁴⁸, entende que a interpretação de forma sistêmica e baseada em raciocínio lógico, compõe o instrumento necessário para a interpretação jurídica, e “graças a esse meio hermenêutico é possível inquirir a norma em sua essência lógica, em conexão com as demais normas, e, finalmente, referi-la a todo o ordenamento jurídico”.

Sob o raciocínio lógico nesse sentido, percebe-se várias limitações ao poder de expedir medidas provisórias espalhadas no texto constitucional.

A primeira limitação condiciona a produção das medidas aos casos de relevância e urgência. Embora claramente evidenciados os dois pressupostos, trata-se de dois fundamentos de natureza puramente axiológica, ou seja, dependentes de juízos de valor, e essa valoração está na mão de uma única pessoa, o Presidente da República.

Ante à falta de definição Constitucional, a doutrina vem construindo o entendimento de que nada não relevante ia ser regulado por qualquer das espécies normativas. Se exige tal produção, é porque tem sua importância. Em relação à urgência, deve versar sobre casos tidos como absolutamente inadiáveis, necessitando da medida sob pena do *periculum in mora*. Além disso, se não houver a conjunção desses dois elementos a medida será absolutamente inconstitucional por não atender a seu pressuposto formal.

Outra limitação que, de modo explícito, foi colocada na Constituição diz respeito a sua eficácia. Segundo o texto constitucional (artigo 62, § 3.º), se não convertido em lei no prazo determinado a medida provisória perde sua eficácia. Nesta análise surge outro ponto importante que é o da provisoriedade da eficácia da medida provisória. Como qualquer outra espécie normativa, estão adstritas ao cumprimento das determinações do texto constitucional. Significa dizer que devem

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 109.

obedecer as normas de eficácia absoluta que com sua força paralisante estão protegidas das medidas provisórias.

Quando interpretada no contexto do ordenamento jurídico constitucional é fácil identificar outros limites: primeiro os expressos no § 1.º do artigo 62. Porém, em que pese a Constituição limitar negativamente as matérias mencionadas no dispositivo acima não significa que, nas remanescentes, que não são expressamente indicadas, o Presidente tenha amplo e irrestrito poder. Como já visto, trata-se de uma espécie normativa interrelacionada com as demais normas constitucionais, de fácil identificação pelo cientista jurídico.

Ao Presidente da República são impostas muitas outras limitações quanto ao uso da função legiferante que lhe concede a Constituição Federal. Dentre elas pode-se destacar as matérias as quais o legislador constituinte preferiu mantê-las exclusivamente na esfera de disposição do Poder Legislativo. Como se vê, se há vedação em delegar tais matérias como ato de competência exclusiva do Congresso Nacional, organização do Poder Judiciário dentre outras, tais matéria[s] não podem ser ao mesmo tempo objeto de medidas provisórias.

Além dessas limitações, continuando a interpretação jurídico-sistemática as medidas provisórias também estão adstritas ao controle jurisdicional, seja ele concentrado em casos de inconstitucionalidade ou mesmo difuso.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, em sua inovação, instituindo a espécie normativa em tela, acrescentou a conjunção aditiva “e” e não “ou”, tornando obrigatória a existência de ambos os pressupostos, concomitantemente, sendo que a falta de um deles derruba o caráter de situação extraordinária.

A relevância a que se refere o dispositivo constitucional não é aquela ordinária, existente em todo e qualquer assunto que envolva o interesse público, mas uma relevância especial e extraordinária, que atrairia a necessidade de um provimento provisório, com força de lei, para atacar a questão.

Quanto à urgência, a doutrina já formou interessante construção, traçando um critério objetivo de análise da presença do pressuposto. Por

este critério, haveria urgência sempre que o procedimento do artigo 64, § 1.^o⁴⁹, da Constituição, não pudesse ser utilizado. De fato, o Governo Federal conta com tal providência, pela qual pode solicitar urgência na apreciação de projetos de lei de sua iniciativa ao Congresso, que deve votá-lo num prazo máximo de 45 dias (§ 2.^o do artigo 64 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 32/2001). Mas isso, ao que parece, não é do seu interesse, pois o projeto pode ser rejeitado e, assim, sujeitar-se à regra do artigo 67, que prevê a necessidade de aprovação de maioria absoluta de qualquer das Casas Parlamentares para nova discussão de projeto rejeitado.

É imperioso que o Poder Judiciário faça da regra do artigo 64 da Constituição Federal de 1988 um critério objetivo de aferição do pressuposto urgência exigido para a adoção de medidas provisórias, na esteira do entendimento defendido por Pinto Ferreira:⁵⁰

"Para agir mediante a forma da medida provisória é preciso que haja urgência. Tal urgência é aferida à luz dos prazos de elaboração e de aprovação das normas. Só existe realmente urgência, como o requer o art. 64, §§ 2º e 4º, quando a medida provisória que se pretende editar seja inferior ao prazo do referido artigo, pois se não ocorrer tal prazo, a norma só pode ser editada sob a forma de lei."

Roque Carrazza⁵¹ contribui com este entendimento dispondo que:

"Em suma, segundo a própria dicção constitucional, sem relevância e urgência não há cogitar de medidas provisória. Amarrada essa insofismável premissa podemos dizer, sempre com apoio na Constituição, que só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inilidíveis prejuízos à nação, venha a ser disciplinada, por meio de lei ordinária. Ora, é perfeitamente possível, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 64 da CF, aprovar-se uma lei ordinária no prazo de 45 dias contados da apresentação do projeto. Logo, em nosso direito positivo, só há urgência se realmente não se puder

⁴⁹ "Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1.^o O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa".

⁵⁰ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 1992, p. 289.

⁵¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 163.

aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto."

Destarte, ao Poder Judiciário incumbe o controle destes pressupostos, de forma rígida, nos estritos termos em que foram inseridos no Texto Constitucional.

Ao Poder Legislativo fica a incumbência de aferir a existência concreta dos pressupostos necessários à expedição das medidas provisórias, segundo o sistema de freios e contrapesos, adotados sob o binômio constitucional da "harmonia e independência"⁵² entre os poderes.

2.5.7. Eficácia da Medida Provisória

A eficácia nada mais é do que a "aptidão para produzir efeitos estabelecidos pela ordem jurídica. é a aptidão para criar direitos e obrigações"⁵³. Quando se fala da força de lei da medida provisória, fala-se da eficácia da medida relativamente a outros atos que compõem o ordenamento jurídico.

Seguindo essa linha de raciocínio, é importante salientar que a eficácia transitória e não revogatória decorre do ato do Presidente da República e as atribuições de eficácia definitiva e revogatória decorre do ato do Congresso Nacional, conforme prevê a Magna Carta, desde que tais procedimentos sejam regularmente seguidos.

Em regra, a eficácia de força de lei diz respeito à medida provisória em si e na sua relação com os demais atos que compõem o ordenamento jurídico. Esta força de lei, ainda segundo Humberto Ávila⁵⁴, pode ser compreendida sob dois aspectos: o da força ativa ou derogatória, ou a força passiva ou de resistência. Significa dizer que a força de lei consiste na capacidade de inovar o ordenamento jurídico e possui certa resistência, porque não pode ser revogado a não ser por outro ato com a mesma força superior.

De ressaltar, entretanto, que ao mesmo tempo em que a Constituição dá força de lei à medida provisória, determina que essa medida tem tempo

⁵² O artigo 2.º da Constituição Federal dispõe que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

⁵³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 107, nota 43.

⁵⁴ Idem, ibidem, p. 104-105.

de duração, ou seja, confere-lhe provisoriedade, para que seja convertida em lei dentro de um prazo definido. Caso não seja atendido esse procedimento, perde seus efeitos desde o início.

Ter força de lei não significa, como se vê, ter eficácia idêntica à lei. A lei não é nem provisória, e nem tem sua produção condicionada a pressupostos, material ou formal, como acontece com a medida provisória.

Portanto, a força de lei da medida provisória depende da eficácia do ato transitório da medida provisória e quanto às normas nela constantes, os quais podem perder efeitos desde o início, se rejeitada, ou adquirem estabilidade, se aprovadas.

A força de lei, então, não qualifica a obrigatoriedade da medida provisória, mas especifica o particular regime jurídico que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico. Mesmo porque, segundo Marcelo Figueiredo⁵⁵, “medida provisória não é lei. Medida provisória como espécie normativa excepcional tem ‘força de lei’”.

Em regra, a norma é elaborada para atender a situações abstratas, a medida o é para atender a casos concretos, que se pronunciam.

Pode-se dizer que a medida provisória não é lei em sentido formal, embora detenha a mesma dimensão jurídica, a exemplo de outros atos normativos. É lei em sentido material, transformando-se quando informada pelo Poder Legislativo.

A medida provisória é um ato normativo, com natureza transitória. Todavia, a norma contida no ato da medida provisória não possui esse caráter de provisoriedade. Assim, quando o ato medida provisória é convertido em lei, deixa de existir para se transformar em lei. Já a norma por ele veiculada continua sendo norma, tendo sua eficácia sem prazo final de vigência regulado na Constituição Federal.

Disso decorre que a medida provisória divide-se em ato e em conteúdo. O conteúdo, que é a norma em si, pode ser destinado a regular situações de maneira duradoura, e não, essencialmente, temporárias, porque pode vir a ser objeto de lei sem prazo de vigência pré-estabelecido, quando da conversão da medida

⁵⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na Constituição: doutrina, decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 30.

provisória em lei. Já o ato da medida provisória é transitório, ou seja, tem eficácia apenas durante os trinta dias constitucionais. Depois disso, ou é convertido em lei, deixando de ser medida provisória e como tal perde sua eficácia, ou então é rejeitado, e deixa de existir, perdendo totalmente sua eficácia, desde a sua edição.

Em se classificar a norma provisória, didaticamente, sob dois aspectos, definindo-a como transitória e não revogatória, denota-se que a força de lei, que dá vazão à eficácia, refere-se à relação que a medida provisória mantém com outros atos que compõem o ordenamento antes da produção de seus efeitos na vida social.

Essa força de lei, inerente à medida provisória, consiste no poder de paralisar a eficácia das leis cujo conteúdo normativo seja contrário àquele por ela veiculado. Ou seja, diz respeito à aptidão para produzir efeitos, e, não, à própria produção de efeitos, que é a eficácia social.

A medida provisória, enquanto não convertida em lei, produz eficácia precária, uma vez que só a lei plena tem eficácia plena dado o poder de revogar disposições contrárias, assim que publicada, independentemente da manifestação de outro órgão. O mesmo não acontece na medida provisória, uma vez que os efeitos plenos de seus atos, quanto à revogação, estão sujeitos à aprovação posterior pelo Congresso Nacional.

Na verdade os atos da medida provisória não têm o condão de revogar nada. Passa a ter esse poder depois de aprovados pelo Congresso. Mas, saliente-se, depois de aprovados já não são atos de medida provisória, mas atos de uma lei plena como ela, eficácia plena. Antes disso, seus efeitos consistem em paralisar a eficácia das disposições contrárias que, ao contrário da revogação provocada pela eficácia plena da lei, ficam com eficácia paralisada.

Neste diapasão, para corroborar esta linha de raciocínio, Humberto Ávila⁵⁶ assim se manifesta:

“A força de lei não equivale, portanto, à força plena da lei ordinária: a medida provisória paralisa a eficácia das disposições contrárias, que recobram os seus efeitos no caso de não conversão em lei das disposições da medida provisória, como se tais disposições jamais tivessem existido; a lei revoga as

⁵⁶ Op. cit., p. 108, nota 43.

disposições em contrário, que jamais recobram sua eficácia, mesmo que a lei seja posteriormente revogada. Por isso alguns autores afirmam que o ato governamental, quanto à sua eficácia revogatória, teria efeito pendente, eventual ou não real.”

Não há como negar a evidente distinção entre a eficácia precária da medida provisória e a eficácia plena da lei. Também não quer dizer que assim o é por casualidade. A força de lei, a princípio, englobaria o poder de revogar disposições contrárias, próprio da eficácia da lei. Todavia, a Magna Carta de 1988 ao atribuir transitoriedade à medida provisória, condiciona também sua eficácia no que diz respeito aos outros atos que compõem o ordenamento jurídico.

Em suma, a medida provisória, já que transitória, não revoga, apenas suspende a eficácia. Mais do que isso, tem força de lei, e por isso, é diferente da lei. Esses efeitos atribuem eficácia de lei, mas não a sua natureza.

2.5.8. Do Restabelecimento da Legislação Anterior

As medidas provisórias são editadas sob condição temporal, ficando sua validade e eficácia (para o futuro) subordinadas à aprovação do Congresso Nacional, antes ou durante os sessenta dias previstos no § 3.º do art. 62 da Constituição.

Desse modo, a sua não-conversão em lei, transcorrido o prazo fixado, pela rejeição expressa ou tácita do Congresso, opera a desconstituição dos atos produzidos durante sua vigência, com efeitos *ex tunc*.

Vale salientar, como consequência do efeito o *ex tunc* decorrente da rejeição de uma medida provisória, que são desfeitas todas as suas consequências até então produzidas. Assim, buscou o constituinte impedir que os eventuais efeitos materiais produzidos pela medida provisória, desde a sua edição até o momento de sua rejeição, pudessem afetar interesses jurídicos, trazendo prejuízo às pessoas. De lembrar que a medida provisória tem eficácia imediata desde sua edição. Neste particular, também seguiu o modelo italiano, no qual o constituinte brasileiro se baseou.

O STF, sobre o tema, com propriedade, decidiu:

“MEDIDA PROVISÓRIA - A decadência da MP, pelo decurso, ‘in albis’, do prazo constitucional, opera a desconstituição, com efeitos, ‘ex tunc’, dos atos produzidos durante sua vigência - Não apreciação em tempo hábil pelo Congresso Nacional. Rejeição tácita ou presumida - Convalidação, pelo Chefe do Executivo, de atos praticados, com fundamento em MP não convertida, afronta o art. 62, parágrafo único, da CF - Instrução Normativa editada para ensejar aplicabilidade de diploma quase-legislativo que não mais existe”.⁵⁷

Assim, desconstituídos os efeitos da medida provisória não convertida em lei, são imediatamente restaurados os efeitos da legislação anterior, inclusive e principalmente, para as situações ocorridas no período de vigência desta.

Desta forma, a medida provisória, dada a sua eficácia imediata, não revoga a lei anterior, mas suspende-lhe a vigência e eficácia. Se rejeitada ou extinta, pela inércia do Congresso, após o decurso do prazo, a lei anterior tem restaurada imediatamente a vigência e eficácia, eis porque não há falar em repristinação.

2.5.9. Do Controle Jurisdicional da Medida Provisória

A questão do controle dos pressupostos e do conteúdo das medidas provisórias, bem como sua adequação ao assunto regrado, tem sido discutida nos pretórios pátrios com muita frequência. Celso Ribeiro Bastos⁵⁸ entende ser possível o controle jurisdicional das medidas provisórias no Brasil da seguinte forma:

“a) primeiro um controle dos pressupostos de habilitação (se afinal estão ou não presentes); b) depois, um controle da matéria tratada pela medida provisória (se suporta o regramento legislativo provisório ou não); c) finalmente, um controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas sim substancial, as normas e princípios adotados pelo constituinte)”.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, tem-se orientado no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência.⁵⁹ O Poder Judiciário, como se sabe, não atua de ofício. O homem comum possui a disposição sobre a demanda, sobre o processo, enfim,

⁵⁷ STF - ADIN 365-8/600 - DF - j. 1º.10.90 - Rel. Min. Celso de Mello, DJU 15.3.91, I, p. 2.645.

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 362.

⁵⁹ ADIn n.º 1667, Informativo STF n.º 93, DJ 21.1.98.

sobre o meio destinado a coibir os abusos dos administradores. Ele tem legitimidade para provocar a manifestação do Poder Judiciário, para acionar o sistema de freios e contrapesos, mas talvez, falte conhecimento. Certo é que o controle judicial da medida provisória é possível tanto no que diz respeito a seus aspectos formais (presença dos pressupostos e adequação à matéria tratada) quanto aos substanciais (conteúdo do ato).

Ainda mais verdadeira a assertiva de que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode escapar do controle jurisdicional, ainda mais, se esta ameaça colocar em risco o direito constitucional.

Concordando com o entendimento de Marcelo Figueiredo, é indiscutível a supremacia da Constituição e de seus princípios e normas, em face das normas infraconstitucionais.⁶⁰ Assim, lesão ou ameaça a direito constitucional, a seus princípios ou normas, constitui soma violação ao Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário, por seus órgãos, deve guardar a Constituição para que seus preceitos máximos não sejam violados. A medida provisória é um ato normativo com força de lei. Quando de sua edição, obriga, estabelece direitos como se fosse lei. Desta mesma forma deve ser tratada pelo Poder Judiciário: como lei. Além disso, como ato normativo, pode, com sua edição, confrontar-se com princípios e normas constitucionais, ferindo direitos. Podem ocorrer inconstitucionalidades ou até mesmo ilegalidades.

Não se pode aceitar o caráter discricionário de modo absoluto, o que acarretaria em desconsiderar completamente a independência e harmonia das funções consagradas como princípio, insertos no artigo 2º da Magna Carta.

Como se vê, é necessário o controle jurisdicional efetivo e permanente conferido a quem dele precisar, sob pena de profunda instabilidade e insegurança nas relações jurídicas nacionais.

Mais do que isso, é preciso ter em mente sempre, o caráter excepcional da medida provisória, que deve nortear o trabalho do jurista, para que os valores constitucionais não acabem invertidos.

⁶⁰ Op. cit. p. 50, nota 55.

Capítulo IV

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A PRODUÇÃO DE ATOS LEGISLATIVOS: A RESPONSABILIDADE PÚBLICA

1. A lei como fonte formal única do direito penal – 2. A separação de poderes. Afronta! – 3. A falta do pressuposto urgência – 4. O princípio da segurança jurídica - 5. O Estado e a produção legislativa penal – 6. A responsabilidade pública: 6.1. Evolução histórica; 6.2. Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva; 6.3. O ato lícito e o ato ilícito; 6.4. O nexo causal – 7. A responsabilidade do Estado pela edição de atos legislativos: 7.1. Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos; 7.2. O Estado e a produção de atos legislativos; 7.3. O artigo 37, § 6.º da Constituição Federal como espécie de direito e garantia fundamental; 7.4. As leis inconstitucionais.

1. A LEI COMO FONTE FORMAL ÚNICA DO DIREITO PENAL

Já vimos que em razão do princípio da legalidade a única fonte de produção do Direito Penal no Brasil é o Estado, cabendo à União legislar privativamente sobre Direito Penal, nos termos do artigo 22, inciso I da Constituição Federal.

Desta forma, a medida provisória, que também tem força de “lei”, poderia ser fonte formal¹ do Direito Penal? Essa força de lei da medida provisória preencheria a exigência ditada pelo princípio da reserva de lei, estudado no Capítulo II, de que somente a “lei” pode definir crimes e impor penas?

¹ Os doutrinadores brasileiros distinguem as fontes em fontes de Direito Penal em fontes de produção, analisando-se quem pode produzir, criar normas de Direito Penal das fontes formais ou de conhecimento, verificando-se que forma devem ter as normas penais.

A resposta é negativa eis que somente a lei formal pura, que obedeça ao processo legislativo próprio previsto na Constituição para as leis ordinárias, como será visto a seguir, pode prever sanções e impor penas², este é um corolário do princípio da reserva de leis e de penas e tem como fundamento, justamente, como dito anteriormente, a proteção do indivíduo contra a intervenção arbitrária do Estado.

Em que pesem as afirmações acima, o Estado interventor não perde a oportunidade de ingerir-se naquela esfera protetiva sagrada quando menos se espera, fazendo vistas largas aos mais mezinhos princípios para, no frenesi legislativo, editar leis penais restritivas de liberdade usando para tanto da espécie normativa medida provisória.

Há não muito tempo, com a edição do conhecido “Plano Brasil Novo”, previram-se várias medidas para a consecução dos objetivos propostos pelo Governo Collor, dentre eles estavam aquelas que criaram tipos penais novos: a Medida Provisória 153, de 15.3.1990, definindo os “crimes de abuso do poder econômico”, e a Medida Provisória 156, da mesma data, que definia “crimes contra a Fazenda Pública”, e estabelecia penalidades aplicáveis aos contribuintes que os praticassem.

A edição daquelas duas medidas causou grande furor, pois se passou a questionar, imediatamente, a sua constitucionalidade, chegando-se até a intentar ação direta de declaração de sua inconstitucionalidade pela Procuradoria-Geral da República, até que o próprio Governo Federal houve por bem revogá-las, por intermédio da Medida Provisória 175, de 27.4.1990.

O STJ chegou a se pronunciar sobre a famigerada Medida Provisória 153/90, dispondo, na oportunidade, que:

“O inciso VI do art. 2.º da Lei 1.521/51 não foi revogado pela Medida Provisória 153/90. Matéria relacionada com a punibilidade de uma conduta não pode ser objeto de regramento por parte do Poder Executivo (CF, art. 5.º, XXXIX). Ao contrário, submete-se ao devido processo legislativo”.³

As medidas provisórias acima citadas foram revogadas mais de um mês depois de editadas, mas o certo é que, mesmo diante do princípio da reserva de lei, elas foram criadas, e não podemos nos furtar a isto, principalmente se levarmos em consideração o

² Como decidiu o antigo Tribunal Federal de Recursos “no sistema constitucional vigente, só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais na esfera do Direito Penal Comum” (TFR – ED – Rel. Assis Toledo – RTFR 149/277).

³ HC 1.068 – Rel. Costa Lima – DJU 27.05.91, p. 6.972.

fato de que as instabilidades fazem parte da história do nosso país, e que já havia o entendimento anteriormente esposado pelos Tribunais de tal impossibilidade, como podemos observar do seguinte aresto do TAMG, do ano de 1986:

“Somente a União tem poderes para legislar em matéria de direito penal, não podendo o Presidente da República fazê-lo através de decreto-lei, razão pela qual atípica a conduta daquele que desobedece à ordem de congelamento de preços emanada dos Decs.-leis 2.283 e 2.284/86”.⁴

Mesmo assim, existe no ordenamento jurídico pátrio tipo penal criado por medida provisória que foi convertida em lei. Trata-se da Medida Provisória n.º 10, editada em 21.10.1988, publicada no Diário Oficial da União de 24.10.1988, na pág. 222, que previa no seu artigo 8.º constituir “crime punível com pena de reclusão de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a violação do disposto nas alíneas” a “e” b “, do item IV, do art. 1.º, que diz ser” [...] proibido pescar mediante a utilização de: explosivos ou de substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; substâncias tóxicas. Essa MP, editada pelo Presidente em exercício na época, Deputado Ulisses Guimarães, foi convertida na Lei n.º 7.679, de 23.11.1988, publicada no DOU de 24.11.1993, que manteve o tipo penal no seu artigo 8.º.

O princípio da legalidade possui exigências formais e materiais para a elaboração da lei. Formalmente, a lei deve emanar do Poder competente para a sua elaboração, o Legislativo, seguindo rigorosamente o procedimento legislativo previsto na Constituição; do ponto de vista material, a lei tem que ser justa e seguir os princípios adotados. Assim, para se observar o princípio da legalidade não basta a edição de uma norma. Há que se atender a todas as suas exigências.⁵

Assim, toda e qualquer matéria penal incriminadora ou agravadora de uma situação pré-existente deve emanar de uma lei formalmente perfeita.

A lei formal, em um sistema democrático de direito, é a suprema expressão da vontade do Estado, a fonte primária e comum do Direito, a que outras fontes se condicionam e subordinam, e que a todas coordena em unicidade orgânica⁶ ou, como assevera Bettiol⁷, “[...] la materia penal debe ser expresamente disciplinada por um acto

⁴ TAMG – AC – Rel. Gudesteu Biber – RJTAMG 29/326. No mesmo sentido TACRIM-SP. JUTACRIM 94/398.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *A lei formal como fonte única do direito penal (incriminador)*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 656, p. 258, 1990.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, vol. 1, 1997, p. 178.

⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch, 1977, p. 96.

de voluntad del poder del Estado al que compete según la Constitución la facultad de legislar, es decir, al *poder legislativo*”.

O Direito Penal, pelo fato de lidar diretamente com um direito fundamental do indivíduo, que é o direito à liberdade, não pode ser legislado por uma espécie normativa qualquer.

Pela gravidade da matéria que é objeto do Direito Penal, até por questão de bom senso, sua disciplina deve recair sobre a própria comunidade; é esta que deve decidir se essa ou aquela conduta deve ser alçada à categoria de bem jurídico penalmente protegido⁸, porque só a ela interessa a medida preventiva do Direito Penal, quando sanciona abstratamente determinada conduta.⁹

Sendo assim, a tarefa de decidir sobre a subsunção de um determinado comportamento humano sob o manto do Direito Penal deve recair sempre sobre os representantes da comunidade no Parlamento, são eles, e mais ninguém, através da autorização dos cidadãos, adquirida com o voto, que podem dizer se tal conduta, que poderá ser praticada por um daqueles indivíduos, caracterizará, ou não, delito.

O fundamento do poder legislativo como único detentor do poder normativo em matéria penal reside, justamente, na representatividade que possui, no fato de ser ele expressão de todos, e não de alguns, que através dos seus representantes esperam que o exercício do poder legiferante não seja exercido com arbitrariedade, mas para o seu bem e no seu interesse.

Com propriedade Frederico Marques¹⁰ ensina que:

“Nem mesmo as normas permissivas ou finais, de Direito Penal, podem emanar de quaisquer dos demais poderes da soberania nacional que não o Legislativo, e sem as regras sobre o ‘modus faciendi’ das leis, estatuídas na Constituição Federal”.

Por isso mesmo, advirta-se mais uma vez, ocupando a medida provisória ou outra espécie normativa que não a lei em sentido estrito um lugar inferior a esta, não pode servir de instrumento normativo para a disciplina de matéria penal.

⁸ V. o princípio da lesividade no Capítulo II, item 5.

⁹ V. a lição de Assis Toledo no Capítulo I, nota 43 sobre a finalidade preventiva do ordenamento penal.

¹⁰ Op. cit. p. 179, nota 6.

É certo que hoje o texto constitucional restringe negativamente¹¹ o seu raio de ação, porém tal fato não ocorria antes de setembro de 2001, motivo pelo qual, em relação a produção normativa existente antes da edição da EC 32 o texto deve ser analisado em consonância com outros princípios constitucionais, máxime com o da reserva legal e da separação de poderes, e neste ponto a reserva de lei propugnada pela Lei Maior deve ser compreendida como reserva absoluta, e não relativa, pois ao mesmo tempo em que se traduzem uma garantia ao cidadão, impede que se possa atribuir, em matéria penal, o poder a uma norma de grau inferior ao da lei, tendo em vista que apenas o procedimento legislativo próprio, estrito, é o único idôneo a tutelar a liberdade pessoal, bem jurídico fundamental.

A medida provisória, como visto, não é lei; ela tem força de lei, mas com a lei formalmente perfeita não se confunde eis que esta última deve obedecer todas as fases do processo legislativo previstos para a sua espécie na Constituição Federal, desde a iniciativa, adquirindo sua força e validade após ser devidamente publicada.

O próprio princípio da reserva de lei, previsto no artigo 5.º, inciso XXXIX da Carta Magna, ao determinar que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem previa cominação legal exige a lei “formal” para a regulação das matérias que elenca, ou seja, crime e pena.

Isso nos leva a uma conclusão: a de que, interpretando-se sistematicamente a Constituição verificamos que, ao exigir uma lei formal para a edição de matérias com conteúdo penal, a Carta Magna confere a qualquer membro do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional a iniciativa privativa para apresentar projetos de lei com conteúdo penal. Reforçando essa tese temos o artigo 68, § 1.º, inciso II da Lei Maior que impede a delegação ao Presidente da República para a elaboração de lei delegada sobre direitos individuais.

Assim, um projeto de lei que cria crime ou comine penas, ou ainda que agrave um situação já existente, que tenha por iniciativa outra pessoa que não aquelas declinadas no parágrafo anterior, sofrerá inexoravelmente do vício de iniciativa, que não pode jamais ser suprido, pois tal vício macula de nulidade a formação da lei, borrando todo o processo legislativo.

¹¹ Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32, o artigo 62 da CF foi alterado, e seu § 1.º delimitou expressamente as matérias que não podem ser disciplinadas por medida provisória, dentre elas está o Direito Penal, confirmando a tese exposta no decorrer da presente dissertação.

Desta forma, assevera Marcelo Caetano:¹²

“[...] um projeto resultante de iniciativa inconstitucional sofre de um pecado original, que a sanção não tem a virtude de apagar, até porque, a par das razões jurídicas, militam os fortes motivos políticos que determinassem a exclusividade da iniciativa presidencial, cujo afastamento poderia conduzir a situações de intolerável pressão sobre o Executivo”.

Destarte, a aprovação, pelo Congresso Nacional, de medida provisória penal não tem a faculdade de excluir a nódoa da inconstitucionalidade. O vício de origem, ínsito neste instrumento normativo, implacavelmente contamina a lei convertedora, havendo, desta forma, uma comunicação da invalidade. O fato de o Congresso Nacional vir a ratificar, com ou sem emendas, uma medida provisória de caráter penal, não legitimaria a competência do Poder Executivo para normatizar a matéria, pois a lei convertedora submete-se à instância do controle político, permanecendo o controle da sua constitucionalidade intocável e em poder do STF, que por definição tem a guarda da Constituição (art. 102 da Constituição Federal).

Como se não bastasse a medida provisória possui natureza transitória por excelência, eis que perde a eficácia caso o Congresso Nacional não a transforme em lei, não se admitindo, portanto, transitoriedade em matéria penal, diante da drasticidade das medidas encerradas nos tipos penais, o que serviria para premiar a insegurança jurídica.

Fernando Capez¹³ entende de forma diversa, para ele, em entendimento exarado antes da modificação do artigo 62 da Constituição Federal, a medida provisória com conteúdo penal seria perfeitamente possível desde que os efeitos desta ficassem suspensos até que fosse convertida em lei. Assim, afirma:

“Entendemos, contudo, que as medidas provisórias podem veicular matéria penal, desde que sua vigência fique submetida à condição suspensiva de sua conversão em lei pelo Congresso Nacional. Assim, tão logo deixem de existir como ato normativo do Poder Executivo terão plena eficácia na esfera criminal. Em outras palavras, desde que não tenham eficácia imediata e fiquem com sua incidência condicionada à prévia manifestação do Poder Legislativo, a definição de crimes e cominação de penas por medida provisória não acarretará ofensa à separação dos poderes nem aos direitos fundamentais do indivíduo. É que, uma vez convertida em lei, não haveria mais que falar na existência de medida provisória e, por conseguinte, em ofensa ao princípio da reserva legal ... Não restam dúvidas de que a vontade unipessoal do chefe do Poder Executivo é totalmente ineficaz para classificar condutas como criminosas. A medida provisória não tem, para esse fim, qualquer valor. A partir do momento em que o Legislativo a converte em lei, desaparece, no entanto, aquela unilateralidade viciadora da norma e, a partir

¹² CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 34.

¹³ CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 6 ed. São Paulo: Paloma, 2000, pág. 29.

desse instante, e somente dele, o diploma torna-se apto a irradiar efeitos na órbita penal.”

A posição acima não pode ser adotada, e a resposta, sem passar pelo crivo do princípio da legalidade, que já derrubaria a tese *ab initio* é simples: a medida provisória não permite que seus efeitos fiquem suspensos. Quando a Constituição diz que a medida provisória tem força de lei quer dizer que seus efeitos serão sentidos imediatamente; se assim não fosse não haveria razão de se usar este instrumento normativo, uma vez que seus principais pressupostos são a relevância e a urgência¹⁴. Ora, ao permitirmos a adoção de efeito suspensivo à medida provisória com conteúdo penal, até que seja convertida em lei, estaremos, rigidamente, desvirtuando a sua natureza de instrumento célere – relevante e urgente - para a solução de problemas emergenciais que não podem esperar o trâmite de um processo legislativo.

2. A SEPARAÇÃO DE PODERES. AFRONTA!

A divisão de poderes consiste na repartição do poder político em diversos órgãos diferentes e independentes, proscrevendo o arbítrio, ou ao menos o dificultando sobremodo, porque este só pode ocorrer se der o “improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois, um sistema de freios e contrapesos, sob o qual pode vicejar a liberdade individual”.¹⁵

Derivando do estabelecimento de freios e contrapesos, que tem por finalidade impedir que um poder se sobreponha, interfira no outro, na limitação do poder, três cláusulas-parâmetros, conforme assinala Ana Cândida da Cunha Ferraz¹⁶, servem para informar a aplicação do princípio da separação de poderes nas constituições presidencialistas: a) a independência e a harmonia entre os poderes; b) a cláusula da indelegabilidade e; c) a cláusula da inacumulabilidade.

¹⁴ V. a respeito o item 3 infra.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 84.

¹⁶ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o Poder Congressual de sustar atos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 13.

Pela cláusula da independência e harmonia entre os poderes, que é a cláusula-líder do aludido princípio, na estrutura constitucional deverá haver um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de desvirtuamento da separação, assim, “enquanto se mantiver o princípio da separação de poderes como base do esquema de organização de poderes num estado determinado, impõe-se manter a delimitação de zonas de atuação independente e harmônica dos poderes políticos”.¹⁷

Já a cláusula da indelegabilidade impossibilita a abdicação do poder ou competência originária constitucionalmente atribuída a determinado poder, e ainda o estabelecimento de condições e limites claros para a atuação do poder delegado.¹⁸

Por fim, a cláusula da inacumulabilidade proíbe a acumulação de funções de poderes diferentes, pressupondo a não subordinação recíproca entre os exercentes de cada poder.¹⁹

A medida provisória é ato exclusivo do Presidente da República, como exaustivamente demonstrado no decorrer deste trabalho.

Para a criação de leis penais com conteúdo incriminador é imprescindível a utilização do veículo próprio para a criação da lei formal, obedecendo-se todas as fases do processo legislativo e, principalmente, respeitando-se a exclusividade da iniciativa, que pertence aos Deputados, Senadores ou membro do Congresso Nacional, eis que representantes diretos do povo, a quem cabe decidir sobre a tutela penal de determinados bens jurídicos.

Desta forma, a utilização de outro mecanismo que não a lei formal para a criação do Direito Penal restritivo (medida provisória ou lei delegada) afronta diretamente o princípio constitucional da separação de poderes, cláusula pétrea ou integrante do núcleo imodificável da Constituição Federal, conforme preceitua a Lei Maior no seu artigo 60 § 4.º, inciso III, que proíbe sequer a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação de Poderes. Ora, se a própria emenda à Constituição com aquela matéria é expressamente vedada, com muito mais razão veda-

¹⁷ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o Poder Congressual de sustar atos do Poder Executivo*, p. 14.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 15.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 16.

se a produção de medidas provisórias que, de alguma forma, possa afrontar aquele princípio básico.²⁰

Trata-se, sem dúvida alguma, de premissa do próprio Estado Democrático de Direito, forma do Estado brasileiro (art. 1.º da Constituição). Deste modo, para que o Direito Penal seja justo, assevera Luis Flávio Gomes²¹, há a dependência, primeiro, do princípio da legalidade, este dependerá sempre do Estado-de-Direito e, por fim, este último, sujeita-se à Democracia. Prossegue o citado autor afirmando que

“[...]com isso se evidencia que o Direito Penal tem bases democráticas, ou, dito de outra maneira, a fundamentação democrática-representativa do princípio de legalidade, consoante Jescheck, reside em que ‘as normas penais só podem ser promulgadas através do órgão que representa a vontade do povo e por um procedimento legalmente estabelecido’. Nesse sentido as lições de Mir Puig, Cobo del Rosal e Vives Antón e Quintero Olivares”.

Basilar é a lição de ROXIN²², para quem:

La segunda fundamentación, igualmente importante em cuanto a su alcance, radica em el principio de la democracia basada em la división de poderes. La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo.

Essa idéia já tinha Beccaria²³ ao afirmar que somente as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e que esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social, o que nos leva a concluir que tal como é amplamente reconhecida hoje é fruto de longa reflexão e amadurecimento.

²⁰ Conforme ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz (Op. cit., p. 13) “No Célebre livro XI de O Espírito das Leis, Montesquieu desenvolveu a famosa doutrina de que todo bom governo se devia reger pelo princípio da divisão dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Transportada para as constituições presidencialistas, o essencial da doutrina da ‘separação de poderes’, está em que, se quiser constituir um Estado respeitoso das liberdades, é mister dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos capaz de conter os poderes e fazê-los andar ‘de concerto’.

O estabelecimento de freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio – limitação do poder – constituindo, portanto, antes instrumento jurídico-institucional que visa a impedir que um poder se sobreponha ao outro, do que a propiciar a interferência, sobretudo política, de um poder sobre o outro”.

²¹ Op. cit. pág. 265, nota 5.

²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, tomo I, 2000, pág. 145.

²³ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. 2 ed. rev. atual. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

A divisão dos poderes é garantia da liberdade individual²⁴, sendo assim, se o Poder Legislativo reservou para si a exclusividade da tarefa de compor tipos e cominar penas, e isto está claro na redação do princípio da reserva de lei, como visto anteriormente, não poderá o Executivo, através de medida provisória ou lei delegada, exercer concorrentemente essa competência. A matéria reservada é indelegável e a competência dos órgãos constitucionais é sempre vinculada. Assim, ao tratar de matéria penal por meio de medida provisória há clara invasão, pelo Executivo, da área reservada ao Legislativo, ofendendo ao princípio da separação de poderes.

Precisa, sobre o assunto, é a lição do TACrim-SP, para quem:

“Matéria referente a direitos individuais e, em particular, matéria referente à punibilidade de uma conduta, não podem ser objeto de regramento por parte do Poder Executivo. Somente a lei na sua concepção formal e estrita, - aprovada pelo Congresso, obedecido o devido processo legislativo – será o instrumento competente para definir condutas caracterizadoras de crimes e cominar-lhes sanções.

Importa, também, salientar que, na definição de tipos penais e suas penas, a total independência dos Poderes (Executivo-Legislativo) é de rigor absoluto.

Por outro lado, observa-se que o próprio texto constitucional diz que as medidas provisórias têm *força de lei* e que perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação...’ (art. 62 e parágrafo único da CF). Assim, o fato de terem somente força de lei e dependerem de aprovação pelo Legislativo sob pena de perda da eficácia *ab initio* (desde sua publicação) está a dizer que, não são leis na acepção jurídica da expressão. Somente serão consideradas leis após a manifestação regular do Legislativo.

Em conclusão: em qualquer hipótese, ainda que se admita possível regradar matéria penal através de medida provisória, uma coisa é certa, indiscutível: em matéria penal ela somente poderia ter vigência a partir de regular aprovação pelo Congresso Nacional”.²⁵

O princípio constitucional da separação de poderes exige que o legislador, como representante direto do povo que o elegeu, decida sobre a punibilidade de uma conduta, já que, no estado atual da evolução constitucional, nas matérias agasalhadas pela reserva de lei o princípio da separação absoluta de poderes mantém toda a sua força porque, para as matérias reservadas, a separação de poderes constitui uma garantia fundamental do indivíduo.

²⁴ HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1977, p. 42.

²⁵ HC 195.538-0 – Rel. Rubens Gonçalves – 6.ª Câ., j. 19.09.1990, RJDACRIM 9/16.

3. A FALTA DO PRESSUPOSTO URGÊNCIA

Foi visto no Capítulo III que os pressupostos para a edição da medida provisória são a relevância e a urgência.

O pressuposto relevância é próprio da matéria penal pois trata ela da mais grave das sanções passíveis de imposição pelo Estado, que atua, ou pelo menos deveria atuar, em razão do princípio da intervenção mínima, apenas quando as outras formas de controle do ordenamento jurídico se mostrarem insuficientes.

A urgência porém, é traduzida como a necessidade de uma atuação rápida, é o que deve ser feito com extrema rapidez, sob pena de não surtir o efeito desejado.²⁶

A necessidade da urgência como pressuposto da medida provisória não condiz com o Direito Penal, pois, conforme acentua Alberto Silva Franco:²⁷

“Se através desta disciplina se determina a imposição de uma pena, se estão em jogo direitos e liberdades que precisam ser salvaguardadas diante do próprio Poder Executivo, não se compreenderia que razões de urgência pudessem desguarnecer o cidadão de suas garantias e permitir a transferência de poderes legislativos ao Poder Executivo de forma que, nas mãos deste, ficasse a possibilidade de concretizar disposições penais. Ademais, se a medida provisória, não convertida em lei, perde eficácia desde sua edição, é indubitoso que está subordinada, no momento de sua publicação, a uma condição temporal: a da sua aprovação, no prazo de trinta dias, pelo Congresso Nacional. Rejeitada, ou não tendo havido deliberação a respeito do prazo fixado, a condição não se realiza e a medida provisória é algo inexistente no mundo jurídico.”

Não podemos concordar, portanto, com um tipo penal sob condição, provisório, transitório, que regule efemeramente uma conduta e lhe dê o caráter sancionatório para depois não ter mais validade alguma, como se nunca tivesse existido; por isso mesmo Luiz Flávio Gomes²⁸ assevera que:

“É inconcebível, inimaginável, uma norma jurídica penal (que regula e limita, sempre, um direito constitucional fundamental, que invade a liberdade humana, às vezes até arrasando a pessoa, porque, hoje, uma ofensa contra o homem ganha dimensão incalculável quando acompanhada de ampla repercussão jornalística) de caráter provisório. A norma penal, pela transcendência do seu conteúdo, pela repercussão de seus mandados ou proibições, pela extensão de seus efeitos, jamais pode ser provisória. Nada de provisório pode haver numa norma penal. O Direito Penal, sendo o mais

²⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 39.

²⁷ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5 ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

²⁸ Op. cit. p. 257, nota 5.

importante instrumento de controle social, não pode ficar à mercê de um só homem, ainda que seja o Presidente da República.”

4. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Para que o ser humano, diante do Estado, possa planejar e conduzir autonomamente sua vida ele necessita, no mínimo, de certa margem de segurança, a fim de que seus atos, que a princípio eram regulares, não corram o risco de serem considerados irregulares depois de praticados, e ainda para que seus direitos, perfeitamente concretizados, não sejam tolhidos ao bel prazer daquela entidade maior.

CANOTILHO²⁹ formula o princípio da segurança jurídica com as seguintes palavras:

“[...] o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas”.

Dois conceitos orbitam em torno da idéia de segurança jurídica: a) o de estabilidade ou eficácia da segurança jurídica, significando que as decisões do Estado, uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas admissível a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais relevantes; b) o de previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, pelos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.³⁰

Pois bem, a edição de medidas provisórias com conteúdo penal e agora aplicação de tipo penal convertido de medida provisória afronta diretamente o princípio da segurança jurídica eis que, pelo fato dessa espécie normativa ficar condicionada a uma aprovação pelo Congresso Nacional, e ainda mais, durante o período em que estiver sob condição ter força de lei, não há segurança alguma de que haja estabilidade jurídica, garantindo ao cidadão uma posição perene e uniforme. Pelo contrário, fica o indivíduo sob a ameaça de sofrer o constrangimento de uma sanção penal, ou ainda

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993 p. 373.

³⁰ Idem, ibidem, p. 380.

efetivamente vir a sofrê-la, durante o período em que a instabilidade da norma era latente, e ainda mais, a incerteza por parte dos cidadãos de que aquela conduta temporariamente proibida por um arremedo de lei, mas com força de lei, impede, de uma vez por todas, que tal espécie normativa trate de assunto tão sério quanto a liberdade individual.

5. O ESTADO E A PRODUÇÃO LEGISLATIVA PENAL

O Estado, por intermédio do Chefe do Executivo, não pode usar da espécie normativa que não a lei *stricto sensu* para legislar sobre Direito Penal, como visto anteriormente, sob pena de o ato ser inconstitucional.

No entanto, já o fez no Governo Collor, com as medidas provisórias 153, de 15.3.90, definindo os crimes de abuso do poder econômico, e 156, da mesma data, que definia crimes contra a Fazenda Pública, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que os pratiquem, que logo em seguida foram revogadas diante da irrisignação da comunidade jurídica.

Já naquela época, durante o curto período em que tiveram força de lei, aquelas medidas provisórias foram amplamente aplicadas, pessoas foram presas com base nos tipos legais por elas trazidos, sob o argumento de que praticavam condutas definidas como crimes de abuso de poder econômico, tudo sob os holofotes da ampla cobertura jornalística, como examinado no item 1 *supra*.

Existe no ordenamento jurídico ainda, como visto anteriormente, tipo penal incriminador, constante do artigo 8.º da Lei n.º 7.679, de 23 de novembro de 1988, que foi convertida da Medida Provisória n.º 10 de 1988.

Três situações, portanto, podem ser evidenciadas: a primeira existente antes de 11 de setembro de 2001, data em que foi editada a EC 32 que modificou o artigo 62 da Constituição Federal e proibiu o Executivo de tratar de Direito Penal por meio de medida provisória; a situação existente após a modificação do artigo 62 da Lei Maior, e vigente atualmente, na qual se proíbe, efetivamente, o trato de Direito Penal por aquela espécie normativa; e uma última situação, esta hipotética, que poderia surgir na hipótese de uma nova alteração da Constituição, voltando-se ao que era anteriormente ou, até

mesmo, permitindo-se expressamente a utilização de medida provisória para se criar tipos penais diante de uma eventual crise nacional derivada de uma criminalidade exacerbada, o que não seria impossível acontecer face ao nosso quadro político altamente permeável às influências sociais. Esta última hipótese se confundiria com a primeira e, nas três vertentes expostas o trato da responsabilidade estatal seguirá o mesmo rumo.

O § 3.º do artigo 62 da Constituição Federal, na sua novel redação, afirma que “As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”.³¹

Desta forma, como fica a situação daquela pessoa que teve sua liberdade cerceada em virtude da aplicação de uma medida provisória que perdeu a eficácia em virtude da sua não conversão em lei? Ou ainda, como ficaria aquela situação em razão da aplicação efetiva do artigo 8.º da Lei 7.679/88? A resposta à questão é simples: deve o Estado indenizá-la diante dos danos patrimoniais e morais sofridos, ou seja, em virtude da prática de um ato ilícito. Que ato? A produção normativa que contrarie a Constituição Federal.

Foi analisada a impossibilidade de o Estado aplicar medidas provisórias com conteúdo penal. Antes da alteração do artigo 62 da Lei Maior porque o princípio da reserva de lei, direito fundamental, proibia; depois daquela alteração, porque houve proibição expressa. Disso resulta a impossibilidade total, hoje, de o Estado punir alguém por ter infringido o tipo penal do artigo 8.º da Lei n.º 7.679 de 1988, como veremos mais adiante.

Cabe-nos então investigar se há a necessidade de uma declaração formal de inconstitucionalidade, pelo judiciário, para que o Estado possa indenizar, ou se a inconstitucionalidade latente, por si só, autoriza o ressarcimento, pelo Estado, do sofrimento causado ao particular

³¹ A antiga redação do artigo 62 da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional n.º 32, dizia o seguinte: “as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”. A essência continua a mesma, ou seja, de qualquer forma, se não for convertida em lei no prazo estipulado, a medida provisória perderá sua eficácia desde a sua edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas que dela decorreram.

Tanto faz ser a medida provisória convertida em lei ou não, se tratar de matéria penal ela é ilegal, inconstitucional, e sendo aplicada o Estado estará praticando um ato ilícito que lhe obrigará à indenizar o lesado.

Neste caso em particular, de medida provisória com conteúdo penal que perde a eficácia diante da não conversão, o Congresso Nacional nada poderá fazer para disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes simplesmente porque não há relação jurídica alguma.

Ora, vimos que a medida provisória que trata de conteúdo penal é totalmente ilegal e inconstitucional, sendo assim, o Congresso não pode disciplinar por decreto situações emanadas de um ato *ab initio* viciado, a nódoa se estenderia inclusive a essa espécie normativa.

In casu, aplica-se o artigo 37, § 6.º da Constituição Federal, que diz: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, como veremos adiante.

6. A RESPONSABILIDADE PÚBLICA

Em razão da superioridade do Estado face aos seus administrados, o sistema que regula a sua responsabilidade pelo dano que causar em decorrência do seu comportamento lícito ou ilícito deve, é óbvio, ser diferenciado daquela aplicável às demais pessoas.

Com efeito, enquanto o artigo 159 do atual Código Civil e artigo 186 do novel Código Civil que entrará em vigor no mês de janeiro de 2003, traz a pedra de toque da responsabilidade civil, ao estatuir que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, o artigo 37, § 6.º da Constituição Federal informa o princípio adotado quando se trata de responsabilidade do Estado por danos, afirmando que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O artigo 37, § 6.º, acima citado traduz-se na responsabilidade civil objetiva do Estado, ou da Administração, na modalidade do risco administrativo. Assim, basta a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta, comissiva ou omissiva, do Estado e o dano sofrido, para que surja o dever de indenizar, prescindindo da prova de culpa na prática da lesão.

Difere, portanto, da responsabilidade subjetiva apontada no artigo 186 do novel Código Civil, onde o suporte da indenização residirá, fundamentalmente, na demonstração, pelo lesado, além do nexo causal, obviamente, da culpa com que obrou o autor do dano.

A responsabilidade objetiva da Administração fundamenta-se justamente na supremacia com que o Estado se apresenta perante os particulares. Além de deter o monopólio da força, o poder público, justamente em razão de suas funções, pode produzir o dano por inúmeros modos, eis que se impõe na coletividade sem nada que os administrados possam fazer para reverter a situação. Assim é a medida provisória, que o Chefe do Executivo pode editar, com força de lei, sem uma passagem prévia pelo legislativo, mas posterior, e que pode causar dano ao cidadão, como exposto no início deste capítulo.

Ressalte-se que, pelo fato de a Administração Pública não possuir personalidade jurídica própria, o dano que porventura o Judiciário, o Legislativo ou o Executivo vier a causar será de responsabilidade do Estado.

Ainda, a responsabilidade do Estado não pode e nem deve ser confundida com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando determinados interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial, tal qual acontece com a desapropriação.³²

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 776.

A responsabilidade do Estado, segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha pode decorrer de duas condições: contratual e extracontratual

“No primeiro caso, vincula-se o Estado a uma obrigação de reparação patrimonial emergente de um clausuramento contido em contrato de que ele faz parte e ao qual se prendeu. Na segunda hipótese, a obrigação estatal, decorrente do próprio sistema jurídico, que não acolhe a possibilidade de um Estado desobrigado ou descomprometido com os gravames que eventualmente podem advir de sua atuação aos particulares. Cuida-se, aqui, da responsabilidade extracontratual do Estado e é sobre esta que versam estas observações.”³³

Assim é que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, “entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.³⁴

Por seu turno, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a responsabilidade extracontratual do Estado “corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.³⁵

6.1. Evolução histórica

A responsabilidade civil do Estado nem sempre foi de aceitação pacífica, tendo evoluído de uma fase em que predominava a total irresponsabilidade estatal pelos seus atos até a fase atual, que é a da responsabilidade objetiva.

A irresponsabilidade civil do Estado era, no início, a regra, vigorando em todos os Estados mas, acentuadamente, nos absolutistas. Não se admitia pudesse o Estado indenizar os prejuízos causados pelo próprio agente, eis que este era personificado na pessoa do monarca, e “The king do no wrong”, ou seja, “o rei não erra”.

Da total irresponsabilidade do Estado passou-se a admitir a responsabilidade subjetiva do Estado, ou responsabilidade com culpa, na qual se

³³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 28, n.º 111: p. 95-109, mês jul./set., 1991, p. 84.

³⁴ Op. cit. pág. 775, nota 32.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 408.

assemelhava o Estado ao indivíduo para fins de indenização. Desta forma, o Estado era obrigado a indenizar sempre que seus agentes, nessa qualidade, causassem prejuízos a terceiros. No entanto, tal teoria exigia muito dos administrados na medida em que, para serem indenizados, deveriam provar, além do dano, que os agentes do Estado obraram com culpa ou dolo, o que tornava praticamente inviável a indenização diante da estrutura pesada da Administração Pública.

Por tal motivo, procurou-se focar a responsabilidade do Estado na “faute du service”, ou culpa do serviço. Assim, a responsabilidade do Estado eclodiria sempre que o serviço não funcionasse (não existia, devendo existir), funcionava mal (devendo funcionar bem) ou funcionava atrasado (quando deveria funcionar em tempo). Tratava-se da teoria da culpa administrativa. Para que tivesse sucesso na indenização a vítima deveria demonstrar, portanto, além do dano, a “culpa do serviço”, ineficiente, inexistente ou insatisfatório.

Num quarto estágio de evolução, verificando que a teoria da culpa administrativa baseada na “faute du service” ainda não atendia aos anseios do administrado, sempre em posição consideravelmente inferior à do Estado, surgiu a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ou responsabilidade sem culpa, ampliando a posição daquele na medida em que passou a exigir-lhe apenas a demonstração do dano e sua relação com o serviço prestado pela Administração. A obrigação de indenizar do Estado, portanto, surge apenas do ato lesivo de que foi causador, não se exigindo a culpa do agente público e muito menos a culpa do serviço. No entanto, tal rigor é amenizado através de prova, que incumbe ao Estado, de que a vítima concorreu para o sinistro, parcial ou totalmente, para o evento danoso, ou que este foi causado por um particular, e não por um comportamento do Estado.

Existe uma outra teoria, a do risco integral, que entende ser o Estado responsável pela indenização de todo e qualquer dano, desde que tenha participação no evento, não se perquirindo sobre a concorrência da vítima para o resultado lesivo. Assim, é suficiente para que surja a obrigação do Estado indenizar, apenas o fato de estar envolvido no evento. Tal teoria, pela injustiça que trás, não é aceita e nem aplicada.

6.2 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

A responsabilidade civil do Estado tornou-se clara em nossa legislação com o Código Civil de 1916, que no seu artigo 15 consolidava a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus representantes, que nessa qualidade, causassem danos a outrem; no entanto, condicionava o ressarcimento à prova de que esses servidores procederam de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei.³⁶

Seguiram-se as Constituições de 1934, 1946, 1969 e 1988 e, como bem observou Yussef Said Cahali, apenas com a Carta de 1946, pelo disposto no seu artigo 194, adotou-se expressamente a responsabilidade objetiva do Estado.³⁷

Por responsabilidade objetiva entende-se a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação de causalidade entre o comportamento e o dano.³⁸

Destarte, não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que haja, por parte da vítima, a demonstração de que o fato lesivo foi ocasionado por uma ação ou omissão do Estado. A teoria do risco administrativo funda-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Desta forma, para compensar essa desigualdade individual, criada pelo próprio Estado, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, por meio do erário público.³⁹

Desta forma, para que se caracterize a responsabilidade objetiva do Estado basta a relação causal entre o comportamento e o dano.

Sobre o tema, Cretella Júnior ensina que havendo o dano e o nexo causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descompensação ocorrida, de modo

³⁶ OLIVEIRA, José Carlos de. *Responsabilidade patrimonial do Estado: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos*. Bauru: EDIPRO, 1995, p. 22 e 23.

³⁷ CAHALI, Yussef Sahid. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 23.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 787-788, nota 32.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 555.

que somente a força maior ou a culpa da vítima exonerariam a Administração da obrigação reparatória.⁴⁰

Conforme Bandeira de Mello⁴¹, a jurisprudência administrativa francesa veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente objetiva, ou seja, independentemente de qualquer falta ou culpa de serviço, a dizer, responsabilidade pelo risco administrativo ou, “de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente”.

A teoria do risco administrativo, no entanto, ao exigir do lesado apenas a prova do nexo causal entre a conduta da Administração e o seu dano não é injusta para o Estado pois, permite a este que, demonstrando a culpa da vítima, exclua ou atenua a sua obrigação de indenizar.

Em alguns casos, porém, admite-se a responsabilidade subjetiva⁴² da Administração, especificamente, segundo Bandeira de Mello, quando o dano derivar de omissão do Estado. Assim, conforme aquele administrativista

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 105.

⁴¹ Op. cit. pág. 788, nota 32.

⁴² Na verdade, a responsabilidade subjetiva da administração baseia-se na teoria da culpa administrativa, que representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese puramente objetiva do risco administrativo, levando em consideração a falta do serviço para dela extrair a responsabilidade da Administração, não se indagando sobre a culpa subjetiva do agente administrativo, mas sim se a falta objetiva do serviço em si mesmo foi o fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. A vítima, neste caso, além da lesão sofrida injustamente, tem que comprovar a falta do serviço para obter a indenização, o que pode ser feito provando-se a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço.

Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.”⁴³

Para Rui Stoco⁴⁴ o argumento de Bandeira de Mello é irresponsável.

6.3 O ato lícito e o ato ilícito

A responsabilidade objetiva do Estado, como obrigação de indenizar, pode derivar de um ato ilícito ou de ato lícito, que causa lesão na esfera juridicamente resguardada de alguém.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, para a sua caracterização basta, como dito alhures, relação de causa entre o comportamento e a lesão.

Compreende-se por ato ilícito a ação ou omissão contrária à lei, da qual resulta dano a outrem, não possui amparo no ordenamento jurídico e é fonte da obrigação de indenizar pois, trazendo lesão a um direito, em virtude de uma conduta que afronta a lei, o dano é certo e a indenização devida.

Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar de acordo com determinados critérios e padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente.

Quando realizado sob a égide da lei o ato é lícito e na esfera estatal, tanto os atos lícitos como os ilícitos podem obrigar o Estado a reparar o dano que porventura cause aos seus administrados.

Porém, para a caracterização do dano reparável na hipótese de ato estatal lícito é necessário ainda, além da certeza do dano e da lesão a um direito da vítima a presença de duas outras características: especialidade e anormalidade.

⁴³ Op. cit, p. 794-795, nota 32.

⁴⁴ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 272.

Com efeito, conforme preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello:⁴⁵

“Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas[...]

Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.”

Desta forma, para que o sacrifício seja especial, é necessário que se prove que um cidadão ou grupo cidadãos tenha sido, através de um encargo público, colocado em situação desigual em relação à generalidade das pessoas, e será especial na medida em que viole o princípio da igualdade, ao qual a Administração se encontra vinculada ao desenvolver as suas tarefas.⁴⁶

O princípio da isonomia, portanto, exige a reparação em favor de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem colhe os cômodos deve suportar os correlatos ônus já que “se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos”.⁴⁷

Deverá ainda o prejuízo sofrido pelo lesado ultrapassar o caráter de um ônus natural decorrente da vida em sociedade, justamente em decorrência dos riscos normais que este tipo de relacionamento (vida em sociedade) trás.

6.4 O nexu causal

Na responsabilidade objetiva extracontratual do Estado, como visto, basta a demonstração, pela vítima, do dano sofrido e da relação deste com

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.º 552, p.19, mês out., 1981.

⁴⁶ GARCIA, Antonio Dias. *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 208.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 793, nota 2.

uma atuação estatal. Estamos diante, portanto, do nexo causal, ou relação de causalidade.

Assim, o nexo objetivo de causalidade e a existência do dano são requisitos para estabelecer a responsabilização da pessoa jurídica. Cabe ao lesado a prova de que a atividade ou omissão a um dever, de competência do Poder Público, foi a causa que gerou os danos injustamente suportados, ou seja, existiu para o administrado a lesão a um direito que não estava legalmente obrigado a suportar, causando assim um dano certo.⁴⁸

Portanto, o prejuízo de que reclama o administrado tem de ser derivado direta ou indiretamente da atividade ou omissão da Administração.

O nexo causal, portanto, é imprescindível para que exista a responsabilidade patrimonial do Estado, não importando se a causa originadora do dano tenha sido uma atividade lícita ou normal da Administração, ou ilícita, por parte de seus agente. O que se tem em mente, para que aquela responsabilidade se cristalize é apenas a demonstração de que o comportamento estatal foi a causa do surgimento do dano.⁴⁹

7. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA EDIÇÃO ATOS LEGISLATIVOS

7.1 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos

Da mesma forma que ocorreu com a responsabilidade do Estado pela prática de atos administrativos e jurisdicionais, no início do estudo desse fenômeno entendia-se que o Estado era totalmente irresponsável pela prática de atos legislativos.

Em 1904, iniciando uma abordagem mais direta do problema, Amaro Cavalcanti⁵⁰ assinalou que, naqueles casos em que houvesse o reconhecimento de uma atuação inconstitucional do Estado na produção de atos legislativos poderia se afigurar a responsabilidade deste. Só nessa hipótese aquele doutrinador admitia a

⁴⁸ OLIVEIRA, José Carlos de. Op. cit. pág. 45, nota 36.

⁴⁹ Id. Ibid., mesma página.

⁵⁰ CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, tomo II, p. 623.

responsabilidade do Estado na situação posta, fora dela o Estado apenas responderia pela prática de atos legislativos, com indenização, se houvesse previsão legal expressa. Essa postura era adotada na época pelos países que não possuíam mecanismos para controlar a constitucionalidade da lei, o que acontecia no Brasil Império, motivo pelo qual o ressarcimento pela prática de ato legislativo danoso não poderia ser suplicado perante o Poder Judiciário sem expressa disposição oriunda do próprio Legislativo, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes.

Prossegue o citado autor analisando a doutrina tradicional da irresponsabilidade civil do Estado legislador, fundamentando-se em Laferrière e Michoud, de que:

“[...] quando o Estado desempenha a sua função de fazer as leis, não pode incorrer em culpa civil, porque a culpa pressupõe a violação de uma obrigação... mas se o poder legislativo estabelece uma regra de direito, que esteja em contradição com uma anterior, ela não viola essa última; a *ab-roga* ou a modifica, haja ou não assim declarado expressamente”. Ressalva porém que essa doutrina não se aplicaria ao direito pátrio, mas seria válida apenas para o direito francês, no qual não existe a possibilidade jurídica de escapar da aplicação de uma lei inconstitucional, declarando-se posteriormente a responsabilidade do Estado, pois em nosso país há a permissão de que a própria lei possa ser impugnada perante o poder judiciário. Desta forma, concluía que “já não seria lícito afirmar, ao menos de modo absoluto, que o Estado não deve indenização alguma pelo mal resultante de semelhante ato”.⁵¹

Pedro Lessa⁵², no ano de 1915, em trabalho sobre o Poder Judiciário afirmava que a responsabilidade civil do Estado fundava-se no direito público e a razão jurídica de o Estado ser obrigado a indenizar situava-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos, pois os males que os serviços públicos acarretassem deveriam ser sofridos por todos, assim, a indenização que coubesse a uma só pessoa em razão de uma ofensa ao direito individual, praticada pelo Estado, deveria ser contribuída por todos. Mais a frente o autor afirma que dentre os atos do poder público que podem originar uma indenização está o ato legislativo, pois:

“[...] onde vigora o direito público federal, tal como foi ideado pelos norte-americanos, e adoptado no Brasil, Argentina, México e outras nações, desde que as leis inconstitucionaes não são applicadas pelo poder judiciário, e pôdem causar prejuízos aos particulares, os danos causados por taes actos legislativos são

⁵¹ CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado., p. 312-313 e 445-446.

⁵² LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 164.

ressarcíveis. A pessoa prejudicada por uma lei inconstitucional tem manifestamente, em face do artigo 60, letra a, da Constituição, o direito de pedir a reparação do prejuízo sofrido. O que está dito acerca das leis, é perfeitamente applicavel pelo mesmo fundamento aos decretos e regulamentos do poder executivo”.⁵³

No início da década de 40, Themístocles Cavalcanti⁵⁴ tratou da responsabilidade do Estado legislador de modo mais amplo, uma vez que naquela época a responsabilidade civil do Estado assumia um interesse maior em razão da cada vez mais acentuada intervenção do estado no domínio econômico já que, por causa do aumento das atividades praticadas pelo Estado, conseqüentemente aumentava também os danos por ele causados. Baseando-se principalmente nas declarações de inconstitucionalidade o referido autor afirmava que conquanto as lei tenha sido declarada inconstitucional pelo poder competente e de sua aplicação resulte dano ao particular, a indenização será devida por ser a lei inexistente e ferir frontalmente a Constituição Federal.⁵⁵

No entanto, esse mesmo doutrinador não admitia reparações em quaisquer outras situações, fundamentando-se na soberania das leis para alterar situações jurídicas pré-existentes e que, por isso mesmo, salvo nas hipóteses elencadas, não gerariam direitos adquiridos. Dizia ele:

“[...] um dos pontos mais sensíveis das doutrinas sobre a responsabilidade do Estado é aquele que se refere aos atos emanados do Poder Legislativo.

Se esses atos constituem a própria legalidade, a emanção da soberania nacional, através de seu órgão próprio, como encontrar nesses atos “legais” uma fonte geradora de obrigação do Estado?

[...] A boa harmonia dos poderes, a supremacia de cada um dentro de suas funções específicas, são argumentos suficientes para justificar a irresponsabilidade, em tese, do Estado pelos atos legislativos porque estes emanam da própria soberania.”⁵⁶

Posteriormente, José Cretella Júnior defende a responsabilidade do Estado pela edição de atos legislativos, referindo-se não apenas às situações de inconstitucionalidade, mas também aos casos das chamadas por ele “pseudo-leis” em tese, desprovidas de impessoalidade e generalidade. Assim, após examinar a jurisprudência francesa expõe:

⁵³ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*, p. 164.

⁵⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A. 1960, vol. 1, p. 437.

⁵⁵ Idem, ibidem, pág. 436.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 437.

“Segundo pensamos a ‘verdadeira lei em tese’, ou melhor, ‘lei formal em tese’, se constitucional, não empenha a responsabilidade do Estado, quando causa prejuízos, porque o dano não se concentra em um só, mas se reparte, ao ser editado o texto, por todos aqueles sobre os quais incide”.

Quando o Estado causa dano ao particular, em decorrência de medidas tomadas ou de operações materiais do poder público, o princípio que informa a indenização é precisamente o da ‘repartição eqüitativa dos ônus e encargos públicos’ para que *um só* não arque penosamente com os prejuízos.

Ora, no caso da lei inconstitucional danosa, lei formal ‘em tese’, a incidência é genérica, abstrata, impessoal, de tal maneira que não se aplicam os princípios que informam o instituto da responsabilidade pública.”⁵⁷

Juary C. Silva⁵⁸ acompanha tal entendimento, destacando serem indenizáveis apenas os danos oriundos de leis declaradas inconstitucionais pelo órgão legitimado para tanto; esse um *prius* necessário à idônea postulação e tendo por fundamento o princípio supralegal do Estado de Direito.

Hely Lopes Meirelles recusa de início a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, afirmando que a Constituição, quando menciona agentes do Estado, refere-se aos agentes administrativos (servidores) e não aos agentes políticos (parlamentares e magistrados) que não são servidores da Administração Pública e sim membros dos Poderes do Estado, acrescentando ainda que:

“O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque como norma abstrata e geral atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação do Poder Público visa a restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade. Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se nos afigura indemonstrável no regime democrático, em que o próprio povo escolhe seus representantes para o Legislativo. Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa e nenhuma ação disciplinar têm os demais poderes sobre os agentes políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda

⁵⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n.º 71, p. 68, julho/setembro, 1984.

⁵⁸ SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos: a teoria da responsabilidade unitária do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 243.

Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.”⁵⁹

Ressalte-se que o entendimento esposado por Hely Lopes Meirelles está em frontal oposição à jurisprudência do STF, para quem “O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional”.⁶⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶¹ admite a responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de ato lícito com fundamento na idéia de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos e assevera que, no que diz respeito às funções públicas suscetíveis de gerarem compromisso estatal por danos, o marco superiormente avançado destas é a responsabilidade por atos legislativos que ele reputa razoavelmente reconhecida nos tempos atuais.

Mais recentemente a Professora Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas⁶² externou sua posição sobre o tema, asseverando que a responsabilização estatal seria possível na mesma ação que reconhece a inconstitucionalidade da lei, bem como da omissão legislativa que enseja reparação, desde que com prazo previamente estipulado. No mesmo rumo defende a reparação no caso de leis constitucionais que gera, danos especiais e anormais, sacrificando direitos e tendo por sustentação o respeito à igualdade de todos perante os encargos públicos.

7.2 O Estado e a produção de atos legislativos

Diz-se, a princípio, que o Estado não pode responder por prejuízos decorrentes de lei, tendo como fundamento de tal assertiva o fato de o Poder Legislativo ser soberano, e editar normas gerais e abstratas, que impõem gravame igual para todos, e ainda, o fato de que os administrados não podem responsabilizar o Estado por atos dos parlamentares, seus representantes, que elegendos.

No entanto, o Estado pode ser perfeitamente responsável por danos decorrentes de atos legislativos.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18.^a ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 568-569.

⁶⁰ STF – Rel. Castro Nunes – RDA 20/42.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 502, nota 32.

⁶² ALVES DE FREITAS, Marisa Helena D’Arbo. *O Estado legislador responsável*. Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 32, vol. 128, pp. 289, out/dez 1995.

Doutrinariamente, a responsabilidade do Estado pela prática legislativa deve ser investigada tendo em vista a classificação adotada, no rol dos servidores públicos, para os parlamentares e também para o Chefe do Executivo, se agentes administrativos ou agentes políticos.

Para o ilustre Hely Lopes Meirelles agentes administrativos são todas aquelas pessoas que se ligam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais hierárquicas, submetendo-se ao regime jurídico único da entidade para a qual trabalham, investidos a título de emprego e mediante remuneração. Já os agentes políticos são os componentes do governo, no seu patamar mais elevado, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais, não sendo servidores públicos e nem se sujeitando ao regime jurídico único da Administração.⁶³ Segundo essa classificação, o Estado não poderia ser objetivamente responsabilizado pela prática de atos legislativos, pois, conforme assinala aquele autor, o texto constitucional quando trata da responsabilidade objetiva do Estado “só se refere aos *agentes administrativos (servidores)*, sem aludir aos *agentes políticos (parlamentares e magistrados)*, que não são *servidores* da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado”.⁶⁴

Com base nessas considerações, afirma o ilustre administrativista⁶⁵ que em se tratando de atos legislativos e judiciais, “a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta” na expedição do respectivo ato, quando for feita ilegítima e ilegalmente, eis que, pela própria Constituição a distinção é estabelecida, uma vez que a norma do artigo 37, § 6.º se refere apenas aos agentes administrativos, que são os servidores para o citado autor, não fazendo alusão aos agentes políticos, eis que estes são membros dos Poderes do Estado.

Verificamos, pois, que para o eminente Hely, em relação aos atos legislativos e judiciais não se aplica a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, mas sim a teoria subjetiva da responsabilidade civil, eis que a responsabilização do Estado somente ocorrerá diante da comprovação da culpa laborada por aquelas pessoas.

Não nos parece que a vontade constitucional seja a de discriminar

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 561.

⁶⁴ Id. *Ibid.*, mesma página.

⁶⁵ Id. *Ibid.*, mesma página.

esta ou aquela categoria de servidores do Estado. A regra da responsabilização objetiva serve para todos; desde que preste algum tipo de múnus público, ainda que transitório, a responsabilidade do Estado aflorará cada vez que o administrado sofrer lesão injusta em seu bem. É óbvio que a Administração poderá alegar as excludentes previstas para se desonerar, mas a carga que o administrado suporta em razão do poder de império do Estado é muito alta para se afastar de plano, como quer Hely, a responsabilidade objetiva pelos atos praticados pelos agentes políticos.

Pode-se argumentar que a lei dificilmente causará um dano indenizável porque, por ser norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da soberania do Estado, sendo insuscetível de atingir situações jurídicas individuais e concretas, aplicando-se a todos igualmente.

Porém, o que dizer das leis discriminatórias, que não guardam nenhuma correspondência com as situações discriminadas? E ainda das leis maculadas pelo manifesto desvio de poder? Ainda mais, das leis penais que porventura tenham origem em medidas provisórias, diante da ilegalidade manifesta desta, aferida no decorrer de todo este trabalho?

A lei não é soberana pois encontra seu limite na Constituição Federal, depois, a lei, principalmente a penal, apesar de inicialmente abstrata, torna-se concreta quando efetivamente aplicada, e neste caso atinge uma pessoa ou um grupo específico de pessoas, portanto, mesmo sendo lei, se for irregular, ilegal, ou viciada, causando prejuízo, obriga o Estado a indenizar.

Quando se fala da responsabilidade do Estado pela edição de medidas provisórias com conteúdo penal temos que distinguir duas situações: a primeira, da edição pelo Chefe do Executivo de tal espécie normativa rejeitada pelo Congresso Nacional em virtude do seu conteúdo; a segunda, quando tal espécie for convertida em lei pelo Congresso Nacional.

No primeiro caso estamos diante não de uma lei, pois medida provisória não é lei, mas de uma espécie normativa ilegal eis que de conteúdo proibido. Sendo assim, se durante o período em que foi editada, até a sua rejeição pelo Congresso Nacional for efetivamente aplicada, o ato será ilegal, ilícito e, portanto, o Estado deverá indenizar objetivamente a vítima.

Nesse raciocínio, já decidiu o STF que, “uma vez praticado pelo poder público um ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde ele por suas consequências”.⁶⁶

Na segunda hipótese, estaremos diante de uma lei, cuja inconstitucionalidade seja pronunciada, para que obrigue o Estado a indenizar.⁶⁷

7.3 O artigo 37, § 6.º da Constituição Federal como espécie de direito e garantia fundamental

O artigo 37, § 6.º da Constituição Federal consagra, como visto, a responsabilidade do Estado por danos resultantes também da atividade legislativa. Não se pode deixar tal função fora da esfera de proteção, na medida em que protegerá o administrado lesado, apenas pelo argumento de que o ato legislativo típico, a lei, por ser norma abstrata e geral, dificilmente causaria prejuízo indenizável ao particular.

As situações que podem configurar a responsabilidade civil do Estado são variadas e indetermináveis, incluindo-se nelas o plano legislativo. Enquanto abstrata e geral se afirma que a lei dificilmente cause prejuízos, não podemos descartar o fato de que o dano possa hipoteticamente ocorrer, e ocorrendo, o prejudicado, parte mais fraca na relação Estado-administrado deve ter amparo para que possa ser indenizado pelo dano sofrido. Esse amparo é encontrado justamente na regra do artigo 37, § 6.º da Constituição Federal, que entendemos abranger todo e qualquer dano causado pelo Estado e, por isso mesmo, traduz-se, ao mesmo tempo, em direito e garantia fundamental do indivíduo; direito na medida em que responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, e garantia na medida em que assegura a indenização pelo mal sofrido.

Lembre-se que o fato de o artigo 37 se localizar topicamente fora do Título II da Carta Magna, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, não lhe retira tal caráter, uma vez que o § 2.º, do artigo 5.º da Lei Maior permite a localização

⁶⁶ STF – Rel. Cândido Mota Filho – RTJ 2/121.

⁶⁷ Em alguns casos uma lei perfeitamente válida também pode obrigar o Estado a reparar o dano, como, por exemplo, uma lei que monopoliza uma atividade, que até então era de livre exercício pelos administrados.

de tais direitos e garantias por todo o texto constitucional, e ainda nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dessa forma, podemos afirmar que o artigo 37, § 6.º da Constituição Federal constitui princípio geral em matéria de direitos e garantias fundamentais, e assim sendo, assegura o particular contra todo e qualquer dano provocado pelo Estado, inclusive na função legislativa, independentemente da abstração e generalidade da lei.

7.4 As leis inconstitucionais

Tradicionalmente tem a doutrina e a jurisprudência feito a separação entre atos legislativos constitucionais e inconstitucionais, no trato da responsabilidade patrimonial do Estado pelas consequências lesivas derivadas de tais atos,⁶⁸ orientando-se no sentido de proclamar a plena submissão do Estado em indenizar o patrimônio daqueles cuja situação pessoal tenha sofrido agravo em virtude do desempenho inconstitucional da função de legislar.⁶⁹

Como visto no Capítulo I, o ordenamento jurídico do Estado repousa em alguns princípios fundamentais, dentre estes a idéia de que as normas de um ordenamento não são equivalentes, no sentido de que estão todas no mesmo plano. Há normas inferiores e normas superiores. As normas inferiores têm seu fundamento de validade nas normas que lhe são superiores. No topo da pirâmide encontra-se a Constituição legitimada pela idéia de norma fundamental, que se encontra acima dela e que dá legitimidade ao sistema.

O ápice da expressão jurídica é justamente a Constituição, situando-se no cume da hierarquia das leis em razão da sua rigidez constitucional, e por ser expressão do Poder Constituinte Originário

O poder conferido pela Constituição ao ordenamento inferior a ela, porém, não é ilimitado, pelo contrário, buscando as normas infraconstitucionais sua legitimidade e fundamento de validade na própria Lei Maior, por esta limita aquele

⁶⁸ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 199.

⁶⁹ Neste sentido: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1995, p. 318. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 226. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 623.

poder, estabelecendo os parâmetros entre os quais pode ser exercido. Estes parâmetros são de duas ordens: formais e materiais. O primeiro limite refere-se ao conteúdo da norma que o inferior está autorizado a emanar; o segundo refere-se à forma, isto é, ao modo ou ao processo pelo qual a norma do inferior deve ser emanada

Se uma norma inferior excede os limites materiais a que está circunscrita, isto é, regule matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente da que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, ou seja, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema pois o ordenamento jurídico não pode coadunar com a existência de leis inconstitucionais.

É nessa idéia de ordenamento jurídico e de supremacia da Constituição que assume sentido o controle de constitucionalidade das leis. Assim, não se compatibilizando com a Constituição Federal, qualquer norma que determine algo proibido pela forma superior, ou deixe de fazer algo por ela determinado, afeta o sistema jurídico, podendo-se dar a violação da Constituição Federal por ação, quando houver a produção de atos legislativos que contrariam normas ou princípios da Constituição, e por omissão, quando não forem praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais.

A doutrina brasileira, há muito tempo, acena com a possibilidade de o Estado vir a ser responsabilizado pela produção legislativa inconstitucional. Assim é que, já nos idos de 1936 já escrevia José Mattos de Vasconcellos:

"No direito brasileiro, dada a irrecusável preponderância do Poder Judiciário, na estrutura do regime, é fora de dúvida que as leis votadas em desacordo com a Constituição, dão margem a que os portadores dos direitos por elas postergados possam obter reparações perante aquele Poder."⁷⁰

Este também era a lição de J. Guimarães Menegale:

"Tôda vez que o ato legislativo ofende direito individual, já o insinuámos, é lícito ao prejudicado chamar o Estado à responsabilidade pelo ato de um dos seus poderes constituídos, e em todos os graus da hierarquia estatal ou qualquer que seja a espécie do ato legislativo. Há de o ato da autoridade legislativa confrontar-se com a Constituição e, se lhe contravier os mandamentos, tem de ser expungido; e, se de sua promulgação ou execução proveio dano ou lesão, o Estado a reparará."

⁷⁰ VASCONCELOS, José Mattos de. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 507-508.

"Os tribunais não suspendem, propriamente, a execução da lei, mas lhe negam aplicação no caso sub judice. Se o ato legislativo, cuja aplicação, por inconstitucional, se recusou, acarretou danos a alguém, caberá ao prejudicado, em seguida, propor ação por perdas e danos."⁷¹

Por seu turno, a jurisprudência, desde o final da década de 1940 segue o posicionamento da doutrina citada, admitindo a responsabilidade do Estado pelo exercício inconstitucional da função de legislar, orientação adotada até os dias atuais.⁷²

Desse modo, doutrina e jurisprudência convergem para admitir, em uníssono, a responsabilidade do Estado em decorrência do exercício inconstitucional da função de legislar. Registre-se por oportuno, o respeitável e solitário entendimento em contrário de Hely Lopes Meirelles, já analisado no item 7.2 supra.

Contudo, existe na matéria uma divergência que se localiza justamente, na necessidade ou não, da declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais, como requisito essencial para que se possa pleitear qualquer indenização.

Amaro Cavalcanti já afirmava que, desde que houvesse a declaração de inconstitucionalidade de uma lei por decisão judiciária, um dos efeitos de tal decisão seria o de obrigar a União, Estado ou Município à reparação do dano causado ao indivíduo:

"[...] declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado - quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede no caso de impostos, taxas ou multas inconstitucionais - quer satisfazendo-se os prejuízos, provadamente sofrido pelo indivíduo com a execução da lei suposta."⁷³

Esse também é o ensinamento de Themistocles Cavalcanti para ao afirmar que, desde que a lei tenha sido declarada inconstitucional pelo poder competente e, de sua aplicação, resulte prejuízos patrimoniais aos particulares, é devida a indenização porque a lei é inexistente por ferir frontalmente a ordem constitucional.⁷⁴

⁷¹ MENEGALE, J. GUIMARÃES. *Direito Administrativo e ciência da administração*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 508-509.

⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LEI INCONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO. R.E. nº 153.464. Despacho do Relator. Takuro Ogawa e outros *versus* Banco Central do Brasil. Relator: Min. Celso de Mello. Despacho de 02 de setembro de 1992.

⁷³ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 437.

⁷⁴ CACALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, p. 437.

Atualmente, Yussef Said Cahali defende a necessidade de declaração de inconstitucionalidade para a reparação do dano. Para ele a simples recusa de aplicação de uma lei com base na sua inconstitucionalidade não interfere na existência, validade e eficácia da norma legal, não se podendo pretender uma indenização por danos causados por uma lei sem que a mesma tenha sido inconstitucional por quem tem competência para tanto:

"O simples provimento da Turma julgadora que, em caso sub judice, recusa a aplicação da lei, a pretexto de ser a mesma inconstitucional, deixa incólume a norma legal em sua existência, validade e eficácia, sabido que a declaração de inconstitucionalidade da lei reclama quorum e procedimento específicos; não se legitimando, assim, a pretensão indenizatória de danos à causa de uma lei cuja inconstitucionalidade não tenha sido regularmente declarada por tribunal competente.

Portanto, nenhuma eficácia de *actio judicati* se pode atribuir à sentença que simplesmente recusou a aplicação da lei, fundando-se na sua inconstitucionalidade; pois, de outro modo, estar-se-ia permitindo até mesmo ação direta de indenização, com declaração incidente de inconstitucionalidade da lei, para reparação dos danos conseqüentes do ato legislativo que se pretende inconstitucional, buscando-se, na fase de conhecimento, um substitutivo da *actio judicati*; tal expediente não se afina com a sistemática constitucional e processual vigente.

No Caso, exige-se uma *actio judicati* específica, representada por uma decisão do tribunal competente, reconhecendo e declarando a inconstitucionalidade da lei; pois, só então, deixando de existir esta para o Direito, esvaída na sua eficácia e validade, poderá ser reclamada indenização por perdas e danos causados antes ou depois da declaração de inconstitucionalidade.⁷⁵

Na jurisprudência não encontramos entendimento claro nesse sentido, até porque são mínimos os casos judiciais nos quais se reconhece a responsabilidade civil do Estado pela prática de ato legislativo inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou expressamente sobre a questão da obrigatoriedade da declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais como um antecedente necessário para que se possa pleitear o direito à indenização, embora tenha feito menção no Relatório do acórdão do recurso extraordinário nº 8.889, de 19 de julho de 1948;⁷⁶ na argumentação expositiva do Despacho do Relator do Recurso Extraordinário nº153.464, de 2 de

⁷⁵ CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 658.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional. R.E. nº 8.889 do Estado de São Paulo. João Luís Guerra e outros *versus* Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Castro Nunes. Acórdão de 19 de julho de 1948.

setembro de 1992⁷⁷ e na argumentação expositiva do Despacho do Relator do Recurso Extraordinário nº 158.962, de 4 de dezembro de 1992,⁷⁸ da tese desenvolvida no julgado paulista de 1944.

Para o deslinde dessa questão deve-se perquirir sobre o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis adotado no Brasil e, particularmente, sobre o controle difuso de constitucionalidade.

No sistema jurídico brasileiro tanto os tribunais por maioria absoluta de votos quanto os juízes singulares podem apreciar e declarar a inconstitucionalidade das leis naquela forma difusa de controle.

Conforme leciona Alexandre de Moraes⁷⁹, na via de exceção a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação a respeito do objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Afirma o citado autor que nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Porém, esta ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

O controle por via de exceção caracteriza-se por ser exercitável apenas perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, terá que examinar a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade será imprescindível para o andamento do caso concreto, não sendo, desta forma, o objeto principal da ação.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LEI INCONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO. R.E. Nº 153.464. Despacho do Relator. Takuro Ogawa e outros *versus* Banco Central do Brasil. Relator: Min. Celso de Mello. Despacho de 02 de setembro de 1992.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ATO LEGISLATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE. Amando Cunha Maia *versus* Banco Central do Brasil. Relator Min. Celso de Mello. Despacho de 04 de dezembro de 1992.

⁷⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 7. Ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 561.

A declaração de inconstitucionalidade na via de exceção também pode ser proferida pelos tribunais, mas neste caso somente o Plenário tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, e não os órgãos fracionários dos tribunais, como as câmaras, turmas ou seções.⁸⁰

Assim, a declaração de inconstitucionalidade da lei realizada, seja pelo juiz singular, seja pelos Tribunais, em sede de controle difuso de constitucionalidade, tem a mesma natureza jurídica, qual seja, a de serem ações constitutivas negativas, e não ações declaratórias porque estas são apenas as decididas em controle concentrado, *erga omnes*, pois só estas são universalmente obrigatórias e genéricas. Como bem preceitua Pontes de Miranda:

"A decisão do tribunal, por maioria absoluta, não é diferente da decisão do juiz singular: ambas são constitutivas negativas, *in casu*, e só *in casu*; a decisão do Supremo Tribunal Federal é que tem plus de eficácia, assim em relação à decisão dos outros tribunais com em relação à decisão dos juízes — que é o de bastar à deliberação do Senado Federal quanto à suspensão de execução das leis, ou decretos que foram tidos, por decisão trântita em julgado, como contrários à Constituição."⁸¹

De toda essa discussão resulta que não existe nenhuma diferença ontológica entre a declaração de inconstitucionalidade da lei pronunciada por um juiz singular e a mesma declaração realizada pelo órgão superior de um Tribunal. Ambas são decisões constitutivas negativas que, naquele caso concreto, desconstituem a lei, restando essa eficaz em todos os demais. Assim sendo, não há qualquer sentido em se exigir a declaração incidental de inconstitucionalidade por parte dos Tribunais como *prius* necessário para que se possa pleitear a reparação dos danos causados por lei inconstitucional. Não possui esta qualquer efeito jurídico que não possua a declaração realizada pelo juiz singular; ambas têm a mesma natureza jurídica, produzem as mesmas conseqüências e, portanto, não podem se constituir uma em precondição da outra, por desconformidade com o sistema constitucional brasileiro.

No sentido acima avençado ressalta-se a posição de Marisa Helena d'Arbo Freitas de oposição à exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade da lei como *prius* necessário para o reconhecimento da responsabilidade estatal, por configurar tal exigência numa redução da proteção ao direito certo e inquestionável do

⁸⁰ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. IV, p. 40-41.

⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. T. III. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 625-626.

particular de ser ressarcido por danos que lhe foram ilicitamente impostos. Argumenta ela que, adotando-se tal teoria, a proteção legal dos particulares atingidos por atos ilícitos seria menos eficaz que a proteção garantida aos danos resultantes de atos lícitos.

Nos primeiros, além do nexo causal, deveria o pedido ser amparado por uma declaração prévia de invalidade do ato lesivo pelo tribunal de cúpula ou órgão especial. Ora, tal restrição, no entender da autora, não se justifica num sistema que prevê ordinariamente o controle difuso de constitucionalidade em paralelo com o controle concentrado.⁸²

O princípio da presunção de constitucionalidade baseia-se na eficácia do controle preventivo da constitucionalidade, motivo pelo qual pugna pelo entendimento de que toda espécie normativa nasce de acordo com a Constituição e, como tal, deve ser preservada.

Por isso, convertida em lei uma medida provisória, mesmo que seja maculada formalmente, presume-se que ela seja legítima até pronunciamento em contrário. Por isso mesmo não podemos nos afastar do fato de que mesmo uma lei penal criada através de medida provisória, e aceita pelo Congresso Nacional através da sua conversibilidade, produza efeitos nefastos até que encontre seu óbice na declaração de inconstitucionalidade, que poderá se dar tanto na via concentrada quanto na difusa. Assim a necessidade de um pronunciamento anterior, sobre a constitucionalidade da lei, para que surja o dever do Estado de reparar o dano, pois, enquanto presumidamente legítima, é ato emanado da soberania estatal, abstrato e impessoal. No entanto, com muita razão, tal pronunciamento, se feito no controle difuso, importa em ato de natureza constitutiva negativa, como visto, não havendo declaração de inconstitucionalidade, mas sim manifestação do juiz, ou tribunal, sobre a inconstitucionalidade do ato normativo, fazendo com que surja decisão formadora de uma situação negativa, uma vez que extingue-se o processo sem julgamento do mérito, sem no entanto declarar a inconstitucionalidade. Isso tanto é verdade que o efeito de tal decisão será somente *inter partes*, e *ex tunc*, podendo a mesma norma ser objeto de questionamento em outros processos.

No entanto, com muita razão, tal pronunciamento não deve, obrigatoriamente, ser proferido apenas no controle concentrado já que, no difuso ele

⁸² FREITAS, Maria Helena d'Arbo Alves de. Op. cit., p. 291-292, nota 62.

também é possível, apenas sua natureza jurídica será diferenciada, como visto acima. Assim, pronunciada a inconstitucionalidade da lei, pela via difusa, pelo juiz de 1.º grau ou tribunal, abre-se espaço para que o lesado volte-se contra o Estado pleiteando o ressarcimento pelos danos que sofreu, em decorrência de um ato reconhecidamente ilícito.

O que não pode e não concordamos é com a possibilidade de o Estado indenizar pelo simples fato de a lei ou ato normativo, aparentemente, ser inconstitucional, ainda que o vício seja flagrante, pois a inconstitucionalidade não se presume, pelo contrário, o que se presume é a constitucionalidade.

Com efeito, no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro temos dois momentos distintos em que a incoerência da lei com a Constituição é verificada: o preventivo e o repressivo.

O controle preventivo de constitucionalidade é realizado pelas comissões das casas legislativas, pelos próprios parlamentares, em plenário, e pelo Chefe do Executivo, por meio do veto jurídico; assim, trata-se de controle incidente antes de o projeto virar lei, e tem como objetivo impedir o surgimento de normas incompatíveis com a Constituição Federal.

Promulgada a lei inconstitucional, mesmo após ter ultrapassado todos os filtros do controle preventivo, entra em ação o controle repressivo, exercido pelo Poder Judiciário.

Em se tratando de espécie normativa diferente da lei *stricto sensu*, como a medida provisória, a edição desta pelo Presidente da República lhe dá força de lei, sem contudo sê-la. O Legislativo, da mesma forma, na análise daquela, para verificar a viabilidade da conversão em lei, exercerá o controle preventivo, podendo e devendo rejeitá-la se verificar a sua inconstitucionalidade.

O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, homenageia justamente o controle preventivo, pois supõe que ele seja eficaz a ponto de não permitir a produção legislativa inconstitucional, presunção esta, no entanto, relativa, que cede no momento em que a inconstitucionalidade é reconhecida.

Desse modo, verificada a inadequação entre a lei ou ato normativo e a Constituição, no caso concreto, há reconhecidamente a tentativa de aplicação, ou

aplicação efetiva de um ato ilícito, abrindo a possibilidade de o Estado ser obrigado a indenizar; isto porque, pronunciada a inconstitucionalidade de uma lei, ou declarada pelo STF, a culpa do Estado emerge com todas as matizes, já que ele, conhecedor da Constituição, mais do que ninguém teria obrigação de respeitá-la e obedecê-la, evitando a prática de ato ilícito que a afrontasse, em prejuízo dos administrados, máxime em razão do descumprimento pelo Chefe do Executivo da proibição de editar medidas provisórias com conteúdo penal, em afronta ao princípio constitucional da reserva de lei e aos princípios a este correlatos, e também ao próprio legislativo, em função do agasalhamento daquela ilegalidade, convertendo-a em lei.

Como dito alhures, tanto faz a inconstitucionalidade ser declarada no caso concreto (controle difuso) ou pelo STF (controle concentrado); do seu pronunciamento a responsabilidade do Estado emergirá, ficando, portanto, na dependência de a lei penal ter, ou não, sido efetivamente aplicada.

Obviamente que enquanto a lei ficar situada no plano abstrato não causará dano algum, porém, no momento em que for concretamente aplicada o dano se cristalizará. Por isso mesmo, no caso vertente, o dano será particular, especial ou singular, e não geral.

Vimos que o artigo 8.º da Lei n.º 7.679, de 23 de novembro de 1988 contém tipo penal que proíbe a pesca com explosivos, substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante e substâncias tóxicas, cominando a pena de reclusão de três meses a um ano. A lei em comento foi convertida da Medida Provisória n.º 10, de 21 de outubro de 1988, antes, portanto, da alteração do artigo 62 pela EC n.º 32, de 11 de setembro de 2001. Permanece em vigor, portanto, aquele tipo penal.

Ainda que seja formalmente viciado, inconstitucional, eivado de uma nulidade absoluta que não se convalida pela conversão, pois esta não retirou-lhe a nódoa - ela não possui essa força em razão da nulidade absoluta incidente, e nulidade absoluta não pode ser convalidada -, o tipo legal é presumidamente constitucional, em que pese a afronta absoluta ao princípio da reserva da lei penal.

Nesta hipótese ele pode ser perfeitamente aplicado, no entanto, cremos que nenhum juiz se furtaria em pronunciar a sua inconstitucionalidade no caso concreto, extinguindo a punibilidade do agente por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do CPP). A inconstitucionalidade é evidente, mas a presunção de

constitucionalidade não permite que ela seja reconhecida automaticamente, sem um pronunciamento prévio do judiciário.

O princípio da reserva da lei penal, portanto, proíbe expressamente que espécies normativas diversas da lei pura, cujo processo legislativo vem perfeitamente delineado na Constituição Federal, trate de matéria penal, e caso isto ocorra, como efetivamente ocorreu, a lei padece de defeito mortal, que impede que o tipo penal produza efeitos no mundo jurídico e, qualquer tentativa de aplicá-lo resultará na responsabilidade do Estado em virtude do dano que a submissão de alguém ao processo penal provoca, dano este que deverá ser reparado em toda a sua extensão, e, na hipótese estudada, principalmente o moral pois: a) correspondeu a uma lesão a um direito da vítima e; b) pelo menos moralmente ele é certo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho espelha, ao longo de seus diferentes capítulos, a preocupação de explorar o fundamento material da impossibilidade de o Chefe do Poder Executivo editar espécies normativas diversas da lei em sentido estrito com conteúdo penal para, posteriormente, analisar a responsabilidade do Estado pela prática de tal ato, bem como a validade e pressupostos das leis penais criadas em afronta ao processo legislativo puro.

Em desfecho desta exposição, que visitou diferentes cenários do universo penal e constitucional, sempre atinentes ao objeto do estudo, é possível compendiar algumas de suas idéias em proposições objetivas, relativamente a cada um de seus capítulos.

1) O Direito Penal faz parte de um sistema no qual predomina a Norma Fundamental, devendo, portanto, a ela obediência. Na realidade, o Direito Penal forma um subsistema, inserido dentro daquele outro, que podemos chamar de sistema central, ou sistema constitucional.

2) Buscando sua fundamentação no sistema maior, constitucional, o Direito penal a ele deve obediência, e a lei penal deve observar a forma própria de criação das leis ordinárias para que possa obrigar. Tal exigência é exposta no princípio da reserva de leis e de penas, previsto no artigo 5.º, inciso XXIX da Carta Magna, ao determinar que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia determinação legal.

3) Além disso, por tratar de restrição a um direito individual, que é exatamente o direito de liberdade, somente podem dispor sobre leis penais incriminadoras os representantes do povo, eleitos para tal mister; isto porque o Poder Legislativo é expressão de todos, e não de alguns, fundamentando-se a sua representatividade, principalmente, no fato de que o exercício desse poder deve ser exercido no interesse público e para o bem público.

4) A medida provisória, apesar de ser uma espécie normativa, prevista na Lei Maior como tal, não é lei, apenas tem força de lei para que possa regular situações emergenciais que não comportam a espera do trâmite normal de um processo legislativo. Desta forma, não sendo lei formal, já surge o primeiro óbice a que tenha conteúdo penal, eis que afronta diretamente o princípio constitucional da reserva das leis e das penas.

5) Como se não bastasse, a medida provisória é de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, assim, ficaria ao seu exclusivo alvitre a tarefa de criar tipos e cominar sanções, se feito por tal espécie normativa, o que tornaria o ato flagrantemente inconstitucional, diante do vício de iniciativa, que macula todo o processo legislativo seguinte, mesmo que, na prática, a medida fosse convertida em lei.

6) Sendo a divisão de poderes uma garantia da liberdade individual, e ficando reservado constitucionalmente ao Poder Legislativo a tarefa de compor tipos e cominar penas, a medida provisória, se tratar de matéria penal, caracterizará a invasão, pelo Poder Executivo, da esfera de competência do Poder Legislativo, ofendendo ao princípio da separação de poderes.

7) A edição de medidas provisórias com conteúdo penal, diante da sua ilegalidade, obriga o Estado, indubitavelmente, a indenizar caso a espécie, ou lei, sejam efetivamente aplicadas.

8) Destarte, se a medida provisória com conteúdo penal for rejeitada pelo Congresso Nacional, não sendo lei, mas uma espécie normativa ilegal, eis que de conteúdo proibido, se durante o período em que foi editada, até a sua rejeição, for efetivamente aplicada, o ato será ilegal, ilícito, devendo o Estado indenizar objetivamente a vítima.

9) De outro lado, se a medida provisória com conteúdo penal for convertida em lei pelo Congresso Nacional, deverá haver o pronunciamento da sua inconstitucionalidade, pelo judiciário, para que surja o dever do estado indenizar. Tal necessidade decorre do princípio da presunção de constitucionalidade, que parte do preceito de que toda espécie normativa nasce de acordo com a Constituição e, como tal, deve ser preservada.

10) O pronunciamento de inconstitucionalidade da lei penal criada por medida provisória poderá se dar tanto na forma difusa, como concentrada, é irrelevante, o que interessa é que, com tal pronunciamento, cessa a presunção da lei anteriormente tida por inconstitucional, surgindo, destarte, a obrigação do Estado em indenizar a vítima que sofreu a incidência daquela.

11) o artigo 8.º da Lei n.º 7.679, de 23 de novembro de 1988 contém tipo penal que proíbe a pesca com explosivos, substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante e substâncias tóxicas, cominando a pena de reclusão de três meses a um ano. A lei em comento foi convertida da Medida Provisória n.º 10, de 21 de outubro

de 1988, antes, portanto, da alteração do artigo 62 pela EC n.º 32, de 11 de setembro de 2001. Permanece em vigor, portanto, aquele tipo penal.

12) No entanto, ainda que seja formalmente viciado, inconstitucional, eivado de uma nulidade absoluta que não se convalida pela conversão, pois esta não retirou-lhe a nódoa - ela não possui essa força em razão da nulidade absoluta incidente, e nulidade absoluta não pode ser convalidada -, o tipo legal é presumidamente constitucional, em que pese a afronta absoluta ao princípio da reserva da lei penal. Desta forma pode ser aplicado, mas o judiciário, com toda certeza, declarará a inconstitucionalidade daquele dispositivo, por afrontar o princípio da reserva de lei penal, surgindo, em favor daquele que foi submetido ao processo penal, em razão da conduta típica, ou até mesmo do inquérito policial, o dever de indenizar do Estado.

13) O dano, por fim, deve ser recomposto em todas as suas modalidades, moral e material.

ANEXO

EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 32

Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 48.

X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

"Art. 57.

§ 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.

§ 8º Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação."(NR)

"Art. 61.

§ 1º

II -

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida Provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto."(NR)

"Art. 64.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

"Art. 66.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

"Art. 84.

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

"Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública."(NR)

"Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive."(NR)

Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALVES DE FREITAS, Marisa Helena D'Arbo. *O Estado legislador responsável*. Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 32, vol. 128, pp. 285-295, out/dez 1995.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.º 552, p.14-35, mês out., 1981.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 5: 05-24, 1994.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. rev. atual. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 15: 81-88, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998a.

_____. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998b.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 1967.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAHALI, Yussef Sahid. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Ed. RT, 1982.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 6ª ed., São Paulo: Paloma, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Borsoi, Tomo II, 1956.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A constituição comentada*. São Paulo: Freitas Bastos, 1960a.

_____. *Tratado de Direito Administrativo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., vol. 1, 1960b.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. Direito penal e política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 24: 157-166, out./dez., 1998.

CERVINI, Raúl. Relación entre la etica y el derecho en la actual dinámica legitimadora de la norma penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 14: 119-130, abr./jun., 1996.

CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1953.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n.º 71, p. 60-75, julho/setembro, 1984.

_____. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 14: 41-82, abr./jun., 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1993.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DARCY, Azambuja. *Teoria geral do Estado*. 4. ed., Rio de Janeiro: Globo, 1959.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10. ed. atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1995.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1967.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1992.

_____. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1971.

FIGUEIREDO, Alex Nunes de. O Ministério Público como Garantia dos Direitos Fundamentais: Cláusulas Pétreas. In: Congresso Nacional do Ministério Público, 13.º. Curitiba, 26 a 29 de out. 1999. Anais: O Ministério Público Social. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na Constituição: doutrina, decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Infrações penais e medidas provisórias. in *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 659: 366-370, 1990.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Medidas provisórias em matéria penal e processual penal in *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 648: 366-368, 1989.

FROSALI, Raoul Alberto. *Sistema penale italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. 1, 1958.

GARCIA, Antonio Dias. *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A lei formal como fonte única do direito penal (incriminador). In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 656: 257-268, 1990.

GORENSTEIN, Andréa. Limites Constitucionais das medidas provisórias. In: *Direito Constitucional*. Coord. José Janguê Bezerra Diniz. Brasília: Consulex, 1998.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código penal*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 1977.

JAKOBS, Günter. *Derecho penal – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans H. *Tratado de derecho penal*. Granada: Editorial Conares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. Normas penais em branco, tipos abertos e elementos normativos. In: *Meio Jurídico*. São José do Rio Preto: Meio Jurídico, ano IV, n.º 45: 42-43, maio, 2001.

JUNQUEIRA, Wolgran. *Comentários a constituição de 1988*. São Paulo: Julex Livros, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LEITE, Geilson Salomão. BATISTA, Lindberg Leitão. *Medidas provisórias: Limites constitucionais em matéria tributária*. In: *Direito Constitucional*. Coord. José Janguê Bezerra Diniz. Brasília: Consulex, 1998.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Reus, vol. 1, 1929.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria constitucional do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípio da insignificância no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, vol. 1, 1997.

MENEGALE, J. GUIMARÃES. *Direito Administrativo e ciência da administração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo III, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, vol. IV, 1993.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, vol. 2, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Responsabilidade patrimonial do Estado: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos*. Bauru: EDIPRO, 1995.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, vol. 4, 1972.

PÓVOAS, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. *Prisão temporária*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1996.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. ano. 28, n.º 111: 95-109, jul./set. 1991.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a.

_____. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, vol. 1, 2000b.

_____. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000c.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 15: 38-50, jul./set., 1996.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

SANTOS, Lycurgo de castro. O princípio da legalidade no moderno direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 15: 182-199, jul./set., 1996.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *A medida provisória na Constituição: doutrina, decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Juary C. *A responsabilidade do estado por atos judiciários e legislativos: Teoria da Responsabilidade Unitária do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

SOLER, Sebastian. *Bases ideológicas de la reforma penal*. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1966.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

VASCONCELOS, José Mattos de. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.

VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1997.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.