

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

WESLEI MACHADO ALVES

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO
LIMITADOR DO PODER PUNITIVO DO ESTADO**

Brasília - DF

2009

WESLEI MACHADO ALVES

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO
LIMITADOR DO PODER PUNITIVO DO
ESTADO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Examinador: MsC. Inês da Fonseca Pôrto

Brasília – DF

2009

Weslei Machado Alves

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO LIMITADOR DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção_____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico, inicialmente, à minha esposa, companheira inseparável e à minha filha Samira.

Também, à minha mãe e meu pai que sempre acreditaram e investiram em mim.

Por fim, aos meus amigos e professores que me apoiaram e contribuíram para o meu crescimento.

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes de procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.

BECCARIA, Cesare.

RESUMO

A Constituição de 1988 inaugurou um novo marco filosófico no ordenamento jurídico brasileiro. As normas constitucionais podem ser classificadas como princípios e regras. Para o estabelecimento do conteúdo dos princípios de estatura constitucional deve recorrer-se à filosofia, à moral, à política. Esse fenômeno é decorrência do Pós-Positivismo. Com o Pós-Positivismo houve a constitucionalização do Direito. A constitucionalização do Direito não é somente a elevação de prescrições normativas à categoria de disposições fundamentais. Os princípios constitucionais, por meio do processo de constitucionalização do Direito, exercem um papel normogenético na criação de normas jurídicas. Todas as normas devem conformar-se aos princípios constitucionais. Como os demais ramos do ordenamento jurídico, o Direito Penal sofreu influência dos princípios constitucionais e a ela foi conformado. O Direito Penal tem a função de proteger os bens jurídicos mais elementares ao convívio em sociedade. O princípio da legalidade constitui a maior proteção do cidadão face ao arbítrio no exercício do poder. Para a criação de normas incriminadoras, para a aplicação da sanção penal e para a execução da pena, o Estado deve observar as disposições contidas na lei, instrumento criado por um órgão constitucionalmente competente e por meio de um rito pré-estabelecido. O *jus puniendi* deve conformar-se ao princípio da legalidade.

Palavras Chaves: Normas constitucionais; princípios; pós-positivismo; constitucionalização do Direito; papel normogenético; princípio da legalidade; jus puniendi.

ABSTRACT

The Constitution of 1988 inaugurated a new milestone in the philosophical Brazilian legal system. The constitutional rules can be classified as principles and rules. To establish the content of the principles of constitutional stature to resort to the philosophy, the moral, the political. This phenomenon is due to post-positivism. With Post-Positivism was the constitutionalization of the law. The constitutionalization of the law is not only the lifting of regulatory requirements to the category of basic provisions. Constitutional principles, through the process of constitutionalization of the law, standard genetic have a role in the creation of legal rules. All rules shall conform to constitutional principles. Like all branches of law, the Penal Law affected the constitutional principles and has been conformed. The criminal law has the function to protect the most basic legal goods to living in society. The principle of legality is the greatest protection of the citizen against the arbitrariness in the exercise of power. To create standards prosecuted for the implementation of the penalty and the execution of the sentence, the State must comply with the provisions of the Act, an instrument created by a body constitutionally responsible, through a pre-established ritual. The *jus puniendi* shall conform to the principle of legality.

Key words - Constitutional rules, principles, post-positivism; constitutionalization of law; standard genetic paper, principle of legality, *jus puniendi*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	11
1.1 EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
1.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O PÓS-POSITIVISMO	17
1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	19
2 O DIREITO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	22
3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO LIMITADOR DO PODER PUNITIVO DO ESTADO	27
3.1 O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	28
3.2 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	30
3.3 CARACTERÍSTICAS DA LEI	31
3.4 PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA LEI.....	34
3.5 PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI	36
3.6 FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL.....	37
3.6.1 1ª Função do Princípio da Legalidade: Proibição da Retroatividade da Lei Penal	38
3.6.2 2ª Função do Princípio da Legalidade: Proibição da Criação de Crimes e Penas Pelos Costumes	40
3.6.3 3ª Função do Princípio da Legalidade: Proibição da utilização da analogia para tipificar condutas e impor penas	42
3.6.4 4ª Função do Princípio da Legalidade: Proibição de Incriminações Vagas e Indeterminadas	44
3.7 MEDIDAS PROVISÓRIAS CRIANDO TIPOS PENAIS	45
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A partir de um enfoque constitucional do Direito Penal é possível verificar como esses dois ramos do ordenamento jurídico estão intimamente ligados, no sentido em que para a aplicação das normas do ramo que protege os bens jurídicos mais elementares à sociedade deve-se observar obrigatoriamente os princípios erigidos à categoria de normas fundamentais pelo Poder Constituinte Originário.

Na presente monografia, busca-se saber se houve alteração de paradigma na visão e aplicação das normas constitucionais. E, por fim, perquire-se como o ramo criminal é influenciado pelas prescrições inscritas na Carta Magna brasileira, principalmente as alterações e modificações que o princípio constitucional da legalidade traz sobre as normas incriminadoras.

Assim, no presente trabalho, buscou-se verificar, primeiramente, as espécies de normas constitucionais, a diferenciação entre regras e princípios e as funções que esta última categoria de normas exerce no ordenamento jurídico.

O tema é de grande relevância, haja vista a importância dos princípios como fonte normogênica para a formação de todas as normas do ordenamento jurídico. Ademais, a hermenêutica, que deve ser realizada pelo operador do direito para a aplicação das normas aos casos concretos, utiliza-se dos princípios constitucionais para estabelecer o conteúdo e alcance dos dispositivos normativos.

Após, fez-se uma análise do novo marco filosófico adotado pela Carta Magna de 1988, e das conseqüências que essa postura acarretou para o restante do ordenamento jurídico. Sabe-se que essa nova relação existente entre os ramos do Direito e o texto constitucional provocou o fenômeno da constitucionalização do Direito.

No entanto, esse processo de constitucionalização do Direito foi mal compreendido pela doutrina constitucional. No presente trabalho monográfico,

desmistificou-se o termo em comento e demonstrou-se de que forma esse processo influencia na aplicação do Direito Penal.

É certo que o Direito Penal tem a função imprescindível de proteger os bens jurídicos mais elementares da sociedade, mas essa atuação fica condicionada pelas normas constitucionais. Fez-se então uma análise da relação existente entre o Direito Penal e a Constituição Federal.

É bastante evidente que o atual sistema penal vigente no Brasil necessita de atualização e eliminação de aspectos arcaicos buscando-se uma nova forma de sua aplicação com maior atenção à pessoa humana e à efetiva harmonização social.

Nesse sentido, os princípios fundamentais do Estado devem ser considerados para que haja uma boa aplicação do Direito Penal a fim de se alcançar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

É no confronto entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do indivíduo que se encontra o Direito Penal. A fim de equilibrar esse conflito, surgem os princípios constitucionais penais que servem de diretrizes e limitam a aplicação das normas penais pelo Estado, conforme fundamento inserido na própria Constituição Federal em seu artigo 1º: a dignidade da pessoa humana.

Apesar da importância dos princípios constitucionais, analisar-se-á somente a influência que o princípio da legalidade exerce no ramo criminal. Isso porque este é o principal vetor demonstrativo de que, em um determinado sistema jurídico, vive-se sob o primado da lei.

Passa-se então analisar as normas que compõe a Constituição Federal brasileira e a alteração de paradigma efetuado pela adoção de um novo marco filosófico no Brasil.

1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os princípios surgem a partir de um conjunto de valores éticos, suprapositivos, pelos quais se busca a realização da justiça e a proteção dos direitos elementares das pessoas. São valores elementares de uma dada sociedade e são eleitos pelo Poder Constituinte para integrar o rol das normas constitucionais.

É preciso analisar, antes de tudo, as espécies de normas constitucionais para se precisar, então, o conteúdo, o alcance e a função da espécie normativa *sub examine*.

Em linha de princípio, de acordo com Luís Roberto Barroso (2009, p. 197), no século XX, houve uma grande alteração de paradigma, atribuindo-se aos comandos inscritos na Constituição um caráter normativo. Isso porque, no modelo constitucional adotado na Europa, a Constituição tinha uma feição essencialmente política.

A seu turno, as Constituições, tendo como molde o constitucionalismo americano, passaram a ter força normativa. Todos os atos passaram a ter como parâmetro e buscar fundamento de validade nas normas estabelecidas no Texto Magno.

Ao analisar o texto constitucional, verifica-se, contudo, que há enunciados que possui uma aplicação mais ampla, um conteúdo mais abstrato e que influenciam a produção de outros comandos deônticos. Por sua vez, há também dispositivos constitucionais com conteúdo concreto e com prescrições objetivas. Essas distinções existentes entre as estruturas das disposições contidas na Carta Magna brasileira demonstrarão como uma espécie dentre essas prescrições pode alterar o modo de aplicação do Direito Penal.

Por esse modo, dentre as classificações que podem ser atribuídas às normas constitucionais, traz-se à baila a taxionomia amplamente analisada por

Paulo Bonavides (2004, p. 255-295), qual seja, a divisão destas normas em princípios e regras.

A distinção das prescrições constitucionais em princípios e regras tem como base a estrutura normativo-material. Cita-se a seguir os critérios distintivos apontados por J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1034-1035), *in verbis*:

- a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito)
- d) proximidade da ideia de Direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de Direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Vê-se que, a partir do escol de J. J. Gomes Canotilho, os princípios jurídicos são fundamentais ao sistema constitucional, participam da formação das regras e contribuem para a consecução do ideal de justiça no caso concreto.

Por sua vez, na aplicação do Direito, as regras jurídicas, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009, p. 53), incidem ou não incidem, valem ou não valem. Assim, sempre que houver regras com disposições contraditórias e excludentes, a solução será resolver esse conflito aparente de normas por meio de critérios, inclusive já reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2, como o critério cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

Saliente-se, ainda, que esses critérios de solução de conflitos entre regras jurídicas somente conseguem solucionar as contradições aparentes. É certo que é possível surgirem conflitos reais, de inconsistência total e para os

quais, segundo Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 68), “não se encontram soluções manejando os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, até porque eles são congenitamente insuficientes, podem entrar em contradição e, afinal, só resolvem os conflitos aparentes”.

A seu turno, pela própria estrutura dos princípios jurídicos, as soluções de conflitos resolvem-se de forma diversa. De acordo com Luís Roberto Barroso (2009, p. 208), para a aplicação dos princípios não vale a regra do tudo ou nada, estas normas indicam uma direção, um valor, um fim.

Na Constituição Federal brasileira, há valores que indicam direções diversas, gerando tensões e conflitos para a observância dos princípios conflituosos. Para a solução dessa tensão, o intérprete deverá realizar a ponderação dos princípios, aplicando-se na maior medida possível os princípios em jogo. Por isso, Robert Alexy (1997, p. 86) chama os princípios de mandados de otimização e aduz:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de ponderar princípios jurídicos em aparente conflito na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319 e, por meio da análise dos princípios em jogo, princípios da livre iniciativa e da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, reconheceu-se a possibilidade do Estado regular a política de preços de bens e serviços.

Após a análise das principais distinções entre os princípios e regras, cumpre apontar as funções que cada uma dessas espécies prescritivas desempenha no ordenamento jurídico.

Em razão da objetividade inerente às regras, um sistema constituído apenas por elas exigiria que o legislador normatizasse amplamente todas as situações fáticas que pudessem ocorrer. A fase de incidência destes dispositivos aos fatos da vida causaria um engessamento e poderia produzir a

injustiça no caso concreto, pois particularidades e especificidades poderiam não estar reguladas.

É certo que o sistema monodimensional de regras seria regido pelo princípio da segurança jurídica. Isso porque as opções valorativas e as ponderações necessárias para escolher uma determinada opção normativa seriam tomadas pelo legislador, com a conseqüente diminuição do âmbito de atuação. Para Luís Roberto Barroso (2009, p. 209), “regras tornam o direito mais objetivo, mais previsível e, conseqüentemente, realizam melhor o valor segurança jurídica”.

Por outro lado, um sistema constituído unicamente por princípios seria informado pelo vetor justiça. Sabe-se que os princípios são abstratos, indicam somente um caminho ao intérprete-aplicador, um farol a ser seguido. Segundo J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1036):

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do possível fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Conclui o autor aduzindo que qualquer sistema carece de regras, para darem a necessária segurança jurídica, e de princípios, em razão da relevância axiológica. Por meio dos princípios, faz-se a necessária ligação, o elo entre as regras jurídicas que compõe o sistema.

Nesse sentido, a Constituição, que é composta por regras e princípios, terá posições fundamentais inarredáveis, com a precisa objetividade que permitirá sua imediata aplicação, impossibilitando que a formatação básica do desenho institucional seja alterada. Terá, também, normas que indicarão a direção a ser seguida diante de eventuais conflitos, dará ao operador do Direito a flexibilidade para buscar a realização da justiça, por meio da ponderação dos valores em jogo.

Depois da análise dos princípios constitucionais, ver-se-á de que forma podem influenciar o *jus puniendi* estatal.

1.1 EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A grande discussão doutrinária e jurisprudencial reside em saber a forma como os princípios constitucionais são realizados, se necessitam sempre da intermediação do Legislador ou se ao aplicador-intérprete é dado fazer a conformação normativa dessa prescrição abstrata e solucionar o caso concreto apresentado à sua análise.

Não obstante, para aplicação dos princípios constitucionais necessita-se de uma densificação, pois que esta espécie normativa carece de concretude, de objetividade. A característica básica, elementar dos princípios é a sua abstração.

É certo que o reconhecimento de que o princípio possui normatividade, imperatividade, o dota de certos atributos. Enquanto norma constitucional possui força jurídica e, portanto, regula, comanda e influencia a formação das demais disposições normativas do ordenamento jurídico. Contudo, de que forma o princípio constitucional influenciará as situações da vida? Diretamente ou mediante intermediação legislativa?

Antes de tudo, traz-se à baila, novamente, as lições de Luís Roberto Barroso (2009, p. 221), acerca dos pressupostos indispensáveis para a efetividade das normas constitucionais. São eles:

É preciso que haja, da parte do constituinte, sendo de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente exercício da cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.

Depois da análise dos pressupostos para que as normas constitucionais sejam efetivas, passa-se analisar as maneiras pelas quais pode-se dar concretude ao fim de qualquer prescrição normativa: ser efetivada.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 395-396), “num Estado de Direito, organizado segundo a separação dos Poderes, é indiscutível que essa densificação compete ao legislador” e conclui afirmando que “num Estado de Direito, portanto, não cabe senão ao legislador densificar os princípios”. Segundo essa visão doutrinária, para a aplicação de qualquer princípio constitucional, é indispensável a intermediação legislativa. Não se pode, por meio da atuação do operador do Direito, conformar a realidade fática.

Por outro lado, J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1094-1096) aduz que o processo de concretização das normas constitucionais, especialmente dos princípios, pode ser realizado por diversos níveis de realização, dentre eles, o executivo, o legislativo e o judicial.

Passa-se, então, a expor o processo em que o texto normativo transforma-se em norma concreta, norma de decisão para aplicação no caso concreto.

Inicialmente, os princípios constitucionais fundamentais, essenciais dão conteúdo e conformam outros princípios constitucionais. Passa-se, a seguir, à fase de intermediação legislativa, em que o legislador, com a finalidade de conferir aplicabilidade aos princípios constitucionais, cria normas gerais e abstratas para a regulação das relações sociais. Por fim, como fase de efetivação última, tem a aplicação dos preceitos aos casos concretos, por meio de um silogismo, ou seja, dada a ocorrência de uma *fattispecie* prevista em uma prescrição, atribui-se a consequência jurídica adequada.

Contudo, é certo que as disposições legislativas não prevêm todas as hipóteses fáticas. O legislador, por mais exímio em sua arte de criar normas jurídicas, não é dotado de capacidade suficiente para antever todas as possíveis incógnitas que ocorrerão nas situações concretas. Menos ainda, no momento atual, em que a sociedade passa por grandes transformações, em que as relações sociais tornam-se cada vez mais complexas, as previsões legislativas não conseguem suprir todas as lacunas e o sistema torna-se lacunoso.

A criação judicial é uma importante ferramenta para conferir ao sistema a sua completude indispensável. A completude lógica de todo ordenamento

jurídico é alcançada por meio da atuação do Poder Judiciário e os princípios constitucionais são a principal ferramenta de que esse Poder dispõe para suprir as suas eventuais falhas, assim como para afastar eventuais incongruências normativas que a aplicação de um ato legislativo poderia causar.

Refutando a tese de que a atividade judicial criativa ofenderia o princípio da Separação dos Poderes, Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009, p. 116-117) asseveram que essa aparente contradição pode ser afastada dizendo-se que os juízes, embora não possuam legitimidade de origem para produzir normas jurídicas, têm-na de forma adquirida, pois possuem aprovação social de seu comportamento. Ainda, pode-se sustentar que a participação dos intérpretes-aplicadores faz com que as leis percam a sua frieza, a sua forma inacabada e possam, só então, amoldar-se e regular os fatos sociais.

Assim, a criatividade judicial, concluem os autores, não é uma vicissitude, mas uma qualidade essencial, que é desenvolvida de modo racional. Sem esse trabalho de realização dos princípios constitucionais realizado pelo órgão aplicador do Direito, o ideal de justiça não é observado.

Por conseguinte, os princípios constitucionais informam a atividade legislativa no ato de criar o Direito, mas também serve como instrumento de trabalho que deve pautar toda a fase de aplicação das normas jurídicas, conformando situações e as adequando segundo o querer da Constituição Federal.

1.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O PÓS-POSITIVISMO

Esse novo olhar atribuído aos princípios constitucionais, assim como o reconhecimento de que o intérprete-aplicador pode integrar o Direito, exercendo atividade criativa com a finalidade de efetivar os comandos

constitucionais, é fruto de um novo marco filosófico do Direito Constitucional, o Pós-Positivismo.

Ao contrário do que ocorreu no positivismo, em que a função dos princípios era essencialmente a de suprir as lacunas advindas da lei, no Pós-Positivismo eles ganham um novo papel na ordem jurídica.

Explicando acerca da superação do jusnaturalismo, positivismo e o surgimento desse novo modelo de realização da Constituição Federal, Luís Roberto Barroso (2009, p. 247-248) aduz:

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei e a razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. O positivismo, por sua vez, em busca da objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois da roupagem mais sofisticada do pós-positivismo.

Surge, assim, o pós-positivismo, que passa a atribuir maior importância não somente às leis, mas também aos princípios do direito, conferindo-lhes um caráter normativo, de observância obrigatória. Essa maior valoração aos princípios deve-se ao fato de possuírem uma maior abrangência, diferentemente das regras, garantindo-se a observância dos direitos sociais do homem na aplicação das normas jurídicas. (LEITE, 2003, p. 107-108).

Essa nova corrente, ao contrário das teorias positivistas, dá aos princípios valor normativo, retirando-os do plano secundário, e transformando-os em normas fundamentais. Ronald Dworkin e Robert Alexy foram os grandes juristas do pós-positivismo, cujo pensamento conferia normatividade aos princípios constitucionais, tornando pacífico o entendimento de que as regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica.

Para esse novo marco filosófico, não há separação do Direito, da moral, da política, antes se complementam e respondem aos conflitos surgidos a partir das complexas relações sociais que se formam.

Verifica-se, portanto, que as constituições advindas nos últimos decênios se caracterizam pela larga presença em suas normas de garantias de prerrogativas individuais, bem como pela tutela dos bens tanto individuais quanto coletivos realizadas por meio de princípios. Estes princípios possuem um caráter genérico e podem ser conformados a partir da situação fática posta à solução, por meio de uma justificação racional. Nesse sentido, Luisi (1991, p. 9) assinala que, *ipsis verbis*:

Ao incorporar os princípios do Estado liberal e do Estado social, e ao conciliá-los, as Constituições modernas, renovam de um lado, as garantias individuais, mas introduzem uma série de normas destinadas a tornar concretas, ou seja, 'reais', a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, a saúde, a assistência social, a atividade econômica, o meio ambiente, a educação, a cultura, etc.

Com o advento da Constituição de 1988, fica evidente a intenção do legislador na valoração e respeito aos direitos fundamentais pelo Estado. Nota-se que a origem das constituições escritas está diretamente relacionada com a sedimentação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, cresce a importância dos princípios constitucionais com a função de fornecer os valores já consagrados pelo sistema jurídico e que deverão pautar toda a atividade de elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Em linha de princípio, a expressão constitucionalização do Direito, segundo J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 348) pode ser entendida como a incorporação de direitos do homem em normas constitucionais. Retira-se da esfera de disponibilidade do legislador ordinário a possibilidade de regular, alterar ou extinguir a proteção a alguns direitos eleitos pelo Poder Constituinte.

Na mesma linha de pensamento, Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009, p. 278-279), afirmam que a constitucionalização pode ser entendida como uma das características inerentes aos direitos fundamentais.

Por essa forma, os direitos que a sociedade compreendem como fundamentais são erigidos à categoria de norma constitucional e nesse patamar vinculam toda a atividade estatal e imantam a produção de todas os demais comandos deônticos, tanto gerais como os individuais.

Por outro lado, segundo o escol de Luís Roberto Barroso (2009, p. 351-352), a constitucionalização deve ser entendida nos seguintes termos, *in litteris*:

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Vê-se, portanto, que o último conceito de constitucionalização transborda o entendimento tradicional acerca do tema e afirma que todo o ordenamento jurídico fica imantado pelos valores constitucionais. Qualquer contrariedade dos dispositivos infraconstitucionais aos valores consagrados na *Lex legum* torna-se passível de revisão por meio de instrumentos e medidas próprias do sistema.

Não se trata da mera elevação de certos direitos à categoria de norma constitucional, afastando a atuação do legislador no que se refere a estas normas. Deveras, o conteúdo constitucional vincula a ação do legislador, do administrador público e do judiciário em sua atividade criativa de aplicação do Direito.

Nesse sentido, toda a atividade hermenêutica para a aplicação do Direito envolve a aplicação da Constituição direta e indiretamente. A Constituição é o centro do ordenamento jurídico e figura como vetor interpretativo de qualquer norma jurídica.

Outra solução não há, por conseguinte, para o Estado no exercício de seu *jus puniendi*, a não ser submeter-se e pautar sua atuação de acordo com todas as regras e princípios constitucionais.

Qualquer previsão legislativa, atuação administrativa e a atividade do intérprete-aplicador, no âmbito do Direito Penal, que viole o conteúdo material ou os valores abrigados nas normas constitucionais, sujeita-se a controle jurisdicional e deverá ser expurgada e combatida pela ordem jurídica.

2 O DIREITO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A partir do novo paradigma introduzido pelo pós-positivismo, todos os ramos do Direito passaram a ser influenciados pela Constituição da República. As disposições constitucionais passaram a imantar todas as fases de produção do Direito, da criação à aplicação.

Além disso, todos os ramos do Direito, seja nos seus aspectos de grande ou pouca relevância, foram delineados pela *Lex legum*. Os principais interesses da sociedade brasileira foram protegidos pelas normas constitucionais.

É certo que, como já dito, o fenômeno da constitucionalização do Direito é mais do que a mera ascensão de normas tradicionalmente regulamentadas por prescrições infraconstitucionais para o patamar de comandos deônticos constitucionais. Alexandre Garrido da Silva (2008, p. 6) abordando o processo de transformação do ordenamento jurídico provocado pelo fenômeno da constitucionalização afirma que, *in litteris*:

Um sistema jurídico constitucionalizado caracteriza-se pela existência de uma Constituição 'invasora', capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, assim como o conjunto das relações sociais que tem lugar em uma determinada comunidade jurídica. O ordenamento jurídico encontra-se, consoante tal definição, 'impregnado' pela eficácia irradiante das normas constitucionais que atinge os diferentes ramos do Direito, sejam eles de direito público ou direito privado.

A Carta Política, portanto, passou a condicionar todo o ordenamento jurídico. Exerce influência, também, por consequência, na seara penal. Isso porque, além de prever um amplo rol de princípios penais que enunciam direitos fundamentais, exige que o legislador proteja determinados bens jurídicos mediante a criminalização de certas condutas e veda a criminalização de outras.

Com efeito, as normas constitucionais, em função do processo da constitucionalização do Direito, irradiam seus efeitos sobre o regramento penal,

imantando todo o seu processo de formação e de execução. Logo, a ordem constitucional reduz e impõe restrições, somente permitindo a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, quando os outros meios de controle social mostrarem-se insuficientes (MAGALHÃES, 2005, p. 18). Sobre este aspecto, Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens (2003, p. 44-45) reverberam que:

No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou de outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização do Estado Social e Democrático.

Contudo, existem valores que receberam um tratamento diferenciado do Poder Constituinte, dada a sua importância. Nesses casos, o próprio constituinte exigiu a atuação do Direito Penal para a proteção de direitos fundamentais, impondo ao legislador a criação de certos crimes. São os casos do racismo, da tortura, das violações ao meio ambiente, do desrespeito contra a criança e o adolescente, da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, a retenção dolosa de salário do trabalhador, entre outras condutas.

Aliás, certos tipos penais, que protegem bens jurídicos essenciais à sociedade poderão revelar-se inconstitucionais quando da aplicação de sua sanção penal ao caso concreto. Deverá então o intérprete-aplicador, por meio de sua atividade criativa, afastar a aplicação de normas que tragam resultados constitucionalmente indesejáveis, com fulcro nos princípios constitucionais (BARROSO, 2007, p. 32).

Nessa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação de sanção penal pela prática de estupro com violência presumida cometido contra uma menor de 14 anos. Trata-se do caso em que um jovem manteve relações sexuais com uma garota de 12 anos de idade. Na situação em comento, ficou evidenciado, nos autos, que houve o consentimento da vítima, além de seus aspectos físicos e intelectuais demonstrarem possuir mais de 14 anos. Em linha de princípio, este é o entendimento consolidado do Pretório Excelso:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Interpretação do art. 224, a, do Código Penal, relativamente à presunção de violência quando a vítima não for maior de 14 (quatorze) anos de idade. 2. A vítima, com apenas onze anos de idade na época dos fatos, não tinha discernimento suficiente para consentir com a prática do ato sexual. 3. **É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior, não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro.** 4. Ordem denegada. (STF, HC 94818, Rel. Min. Ellen Gracie. DJe 15.8.2008) *sem grifos no original*

Não obstante, apesar dessa jurisprudência, ao decidir o caso supramencionado (HC 73662, da relatoria do Ministro Marco Aurélio), a Suprema Corte, afirmou que a presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Assim, caso haja a demonstração de que houve a aquiescência da menor e a sua aparência incute no pretense agressor a idéia de que possui idade maior de 14 anos, não estará configurado o crime de estupro.

A previsão do estupro com violência presumida é inconstitucional? Não, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser compatível com a Carta Magna a criminalização do estupro presumido em caso da vítima possuir idade inferior a 14 anos. Qual o fundamento jurídico que levou o Supremo Tribunal a afastar a aplicação desse tipo penal?

Trata-se do fenômeno da constitucionalização do Direito Penal. Os princípios constitucionais condicionam a aplicação da norma penal ao caso concreto. Valores, costumes e idéias controvertidas são submetidos a um processo hermenêutico que dará a solução por meio da confluência entre o Direito Penal e as normas constitucionais.

Assim, decorre, sem dúvida, dos princípios constitucionais que a restrição ou privação de direitos individuais pelo ramo criminal, *v.g.*, a liberdade e a propriedade, somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem ou de bens instrumentais, desde que, neste último caso, sejam indispensáveis à sua realização social (LUIZI, 1991, p. 26).

A seu turno, o Estado deverá, igualmente, pautar sua conduta conforme os princípios constitucionais ao exercer o seu direito de punir. A

aplicação da pena deve levar em consideração a ordem constitucional. Os princípios constitucionais são os instrumentos de trabalho que lapidarão o trabalho do Estado-Juiz na fixação da pena. Salientando essa ligação umbilical entre o Direito Penal e a Constituição Federal, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli expõe (2008, p. 121), *in litteris*:

A relação entre o direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o Estatuto Político da Nação 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.

Fruto dessa concepção, começa a surgir uma discussão jurisprudencial acirrada acerca da causa de aumento de pena do crime de roubo qualificado e de furto qualificado, ambos em razão do concurso de pessoas.

De acordo com o Decreto-Lei n.º 2.848/40, Código Penal brasileiro, o crime de roubo, quando praticado em concurso de pessoas, tem a sua pena aumentada na proporção de um terço até a metade. Por outro lado, o crime de furto, em que não há violência ou grave ameaça, se praticado em concurso de pessoas, tem sua pena dobrada.

Ora, será que a ordem constitucional legitima esse tratamento diferenciado diante de uma situação semelhante, qual seja, o concurso de pessoas? Será que o processo de constitucionalização do Direito Penal não exerce influência sobre essas normas infraconstitucionais, afastando a situação desarrazoada?

Ao analisar o tema, embora seja entendimento minoritário na jurisprudência pátria, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul asseverou que “tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos tempos, a punição pela prática de furto qualificado deve ser idêntica à do roubo com a mesma qualidade” (Apelação Crime n. 70003435021. Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, DJ 13.12.2001).

Afastou-se, portanto, a aplicação da pena dobrada no caso do crime de furto qualificado pelo concurso de duas ou mais pessoas, pois a Lei das leis não pode permitir a coexistência de normas regulando situações semelhantes de forma diferente.

Para afastar-se a aplicação do preceito em tela, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, legitimado por princípios constitucionais, exerceu atividade criativa, criando a norma para o caso concreto.

Depois da verificação de que os princípios constitucionais condicionam a aplicação das normas penais, passa-se a demonstrar de que forma o princípio da legalidade influencia o desenvolvimento do *jus puniendi* estatal.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO LIMITADOR DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

Os Estados organizam-se de formas diferentes. De acordo com as características culturais, filosóficas, morais, políticas, cada sociedade politicamente organizada possuirá formas de reger suas relações sociais. Assim, o Direito exprime-se de formas diversas.

Nos países que pertencem à família romano-germânica, como o Brasil, o Direito forma-se por normas de conduta preocupadas com a justiça e a moral. A solução para os casos concretos é previsível. Há o estabelecimento das normas pelo órgão competente e ao intérprete-aplicador cabe a tarefa de, por meio de técnicas e processos hermenêuticos, resolver o conflito intersubjetivo, criando a regra para o caso concreto. Para René David (2002, p. 108), “o direito encontra-se, assim, nos países de família romano-germânica, não só nas regras de direito, tais como são formuladas pelo legislador, mas também na interpretação que os juízes fazem destas fórmulas”.

Para os sistemas que adotaram o direito romano-germânico, a partir do século XIX, a lei passou a ser a principal fonte. Não cabia ao órgão aplicador indagar acerca da pertinência da escolha política feita pelo legislador. A atividade legiferante estava imune a críticas. A tarefa de integração da norma para aplicação ao caso concreto não poderia ser *contra legem*.

Essa forma de compreensão do sistema jurídico vigente no Brasil sofreu profunda modificação após a promulgação da Carta Constitucional de 1988. Os princípios erigidos à categoria de fundamento de validade do ordenamento jurídico passaram a ter eficácia normogenética.

A idéia de que a regra jurídica construída pelo legislador não deve ser conformada de acordo com a constituição, de que a constituição é um

documento meramente político e de que a atividade do legislador deve ser cumprida sem maiores perscrutações está combatida pelo pós-positivismo.

Dentre os diversos princípios constitucionais que limitam a atividade de punir, escolheu-se o princípio da legalidade. Trata-se da principal garantia constitucional para o cidadão, afastando o arbítrio estatal e conferindo segurança jurídica às relações sociais.

Passa-se a delinear o princípio da legalidade, seus principais elementos, a sua ingerência no *jus puniendi*, entre outros caracteres indispensáveis à atividade penal.

3.1 O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição Federal assevera em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Essa enunciação constitucional, segundo Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009, p. 65), indica que no ordenamento jurídico brasileiro, vive-se sob o primado do Direito, com um conjunto de normas democraticamente criadas e que ainda atenda às seguintes características:

- a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;
- b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

O Estado Democrático de Direito tem a manifestação do seu poder a partir do povo. Este exercício de poder do povo, na ordem constitucional brasileira, dá-se de forma direta ou indireta. A partir da manifestação de vontade pelos integrantes da República Federativa do Brasil, surgem as

normas gerais e abstratas com a finalidade última de efetivar direitos civis, políticos, econômicos e sociais. Busca-se a proteção plena da pessoa.

Ademais, nessa espécie de organização política, retira-se o arbítrio do agir institucional, pois todas as condutas estatais devem amoldar-se aos atos gerais e abstratos.

Com efeito, conforme J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 239-242), o princípio do estado de direito é inerente a Estados que possuem uma constituição como norma fundamental e vinculante para todos os poderes públicos. A constituição é dotada de supremacia, e o primado do direito encontra nessa característica a sua guarida.

Nesse sentido, o legislador fica vinculado pela carta fundamental. O procedimento, a forma, o conteúdo devem estar conformes à constituição, sob pena de invalidade.

Também, determinadas opções axiológicas fundamentais sobre pontos estruturais do Estado, sobre direitos e garantias fundamentais ficam retiradas do arbítrio do legislador infraconstitucional para regular essas matérias.

Como subprincípio corolário do estado de direito tem-se a norma da legalidade. A legalidade foi erigida ao principal elemento de um Estado constitucionalmente organizado. Dota-se de supremacia a lei, sob o seu aspecto formal, e afirma-se que esse instrumento normativo é mais apropriado para assegurar a observância e proteção de direitos.

Por conseguinte, quando a Constituição Federal declara que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, traz em si a idéia de que o direito deve assegurar às pessoas o pleno exercício de seus direitos. Para tanto, tem a legalidade como principal instrumento para afastar abusos e violações aos valores tidos como importantes pela ordem constitucional.

3.2 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade pode ser identificado em diversas normas constitucionais. Como maior marca da adoção da legalidade no ordenamento brasileiro tem-se na Constituição Federal a seguinte prescrição normativa: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

A necessidade de lei para que se imponha ou se exija uma determinada conduta afasta a possibilidade do uso despótico do poder. Somente por meio de atos normativos elaborados conforme as regras de processo legislativo estabelecidas na Constituição é que se pode criar obrigações para a coletividade, pois são expressões da vontade geral (MORAES, 2005, p. 36).

Segundo o princípio da legalidade, somente as leis, editadas de acordo com o processo legislativo estabelecido na Carta Política do Brasil, poderão impor um dever jurídico. Afasta-se, dessa forma, a compreensão ática de que:

O conceito de lei é praticamente inseparável da sua dimensão material; leis verdadeiras são leis boas e justas das no sentido do bem comum. A lei só pode ser determinada em relação ao justo (igual), dirá Aristóteles na *Ética a Nicómano*; a soberania da lei equivale à soberania de deus e da razão; ‘é a inteligência sem paixões’, escreverá ainda o mesmo autor em *A Política*. A lei é ‘a *suprema ratio*, ínsita na natureza’, opinará Cícero. (CANOTILHO, 1998, 623)

É certo que a vontade geral, expressada por meio da edição de um ato normativo, nos termos do procedimento constitucional, traduz a legalidade. A expurgação de atos que tenham conteúdos desconformes com o texto constitucional não constitui aplicação do princípio da legalidade, mas da supremacia da própria Carta Magna.

Deveras, a observância do primado da legalidade não implica conseqüências ou limitações para o conteúdo que será regulado pelo legislador.

A seu turno, existem duas formas pelas quais o princípio da legalidade pode ser violado, de acordo com o Pretório Excelso, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 147.203, de relatoria do Ministro Marco Aurélio: em primeiro lugar, quando houver discrepância entre a decisão judicial e a disposição legal; ou, em segundo lugar, quando inexistir prescrição legal e, ainda assim, exigir-se um determinado comportamento.

Como consectário lógico do postulado de que somente a lei institui deveres jurídicos, tem-se que a concessão de direitos igualmente depende de preceito legal. Isso porque a todo dever corresponde um direito. Trata-se da sinalagmaticidade inerente às relações jurídicas. Essa também é a conclusão de André Ramos Tavares (2007, p. 579) ao aduzir que “seja direito ou dever, só mesmo por meio de lei é que se admite sua formação legítima. Até porque os direitos são, na realidade, o reverso dos deveres correlatos impostos”.

A idéia de lei como fonte formal de direitos e deveres é uma decorrência natural do sistema da *civil law* (romano-germânico), o qual o Brasil adotou.

Como a lei é a fonte suprema que pode impor a exigência da prática ou da abstenção de condutas, passa-se a analisar a lei e quais suas características principais.

3.3 CARACTERÍSTICAS DA LEI

Antes de qualquer coisa, convém fazer uma observação terminológica importante. Não pode confundir a lei com a norma. A norma jurídica é uma prescrição. A lei é o revestimento que pode vestir a norma. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 233):

A palavra revestimento está usada no sentido de que a norma é formada, atendendo-se a uma série de procedimentos institucionalizados que culminam numa promulgação solene e oficial.

A palavra lei (fonte) designa que esses procedimentos, tendo sido cumpridos, conferem à norma um caráter jurídico, especificamente o caráter legal.

A distinção entre a lei e os demais atos normativos que integram o ordenamento jurídico está, portanto, nos aspectos estruturais. Existem aspectos determinantes, no que se refere à forma que uma norma jurídica deve preencher para se enquadrar no conceito de lei.

Para saber-se o que é lei, pode-se recorrer às possíveis origens da palavra. Há três etimologias para o termo lei: primeira, lei vem do verbo *legere* (ler), isto é, lei é uma norma escrita; depois, de acordo com um conceito tomista, lei vem do verbo *ligare*, que significa obrigar uma determinada pessoa; por último, para Cícero, lei vem de *eligere*, por ser a norma escolhida pelo legislador (MONTORO, 2000, p. 293-294).

Nota-se que o estudo da etimologia desta fonte do direito já indica algumas de suas características essenciais. A lei é uma norma escrita, que tem a finalidade de criar vínculos jurídicos e feita pelo legislador.

Quanto à origem, a lei emana de um órgão certo e determinado. A Constituição Federal brasileira entregou a competência para a feitura dessa espécie normativa ao Poder Legislativo. No âmbito federal, o órgão competente para a edição das leis é o Congresso Nacional. “A origem da lei, portanto, não sofre qualquer dúvida, porquanto o órgão, que tem competência para editá-la, já está anteriormente previsto, com sua atividade claramente marcada no espaço e no tempo” (REALE, 2001, p. 146).

Nada obstante, a Carta Política prescreve hipóteses em que uma regra legal poderá ser elaborada pelo Poder Executivo, no exercício de sua função atípica de legislar. É o caso da lei delegada. É certo que esse ato normativo será reavaliado pelo Legislativo que pode fazer um controle de compatibilidade entre a delegação para elaboração de regras e o ato originário do exercício dessa competência.

A forma de elaboração dessa fonte do direito está predeterminada pela Constituição Federal. A lei forma-se por meio de um processo que, em todos os trâmites, rito, quórum de aprovação, já está previsto no texto constitucional. Cita-se, a título de exemplo, as principais fases do processo legislativo

brasileiro: “a formação apresenta uma fase introdutória, a iniciativa, uma fase constitutiva, que compreende a deliberação e a sanção, e a fase complementar, na qual se inscreve a promulgação e também a publicação” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 191).

Essa espécie de revestimento da norma jurídica é criada não para um caso concreto, mas para todas as situações que se encaixarem em suas disposições. Arrematando a característica da generalidade da lei em contraponto com o costume jurídico, Miguel Reale (2001, p. 146) aduz:

Costuma-se dizer que a lei se distingue do costume também quanto à extensão ou âmbito de eficácia. Alega-se que, no mais das vezes, a lei é genérica, ou seja, possui um elemento de universalidade, enquanto que a maioria dos costumes são particulares, atendendo a uma categoria de pessoas ou de atos, bem como a situações locais, de um município ou de uma região. Na realidade, assim como há leis desprovidas de generalidade, também há *costumes genéricos*, como os que vigoram no Direito Internacional.

Ainda, traz-se à balha o traço distintivo da abstração: independentemente das especificidades de uma determinada situação hipotética, a lei a regulará da mesma forma.

Por fim, a lei é permanente, sendo aplicada indistintamente no tempo e a todos os casos que ocorrerem sob a égide de sua vigência. Deveras, a vigência da lei somente cessa no termo em que ela própria estatuir ou quando for revogada, tácita ou expressamente, por uma nova disposição legal.

Enquanto a lei não for revogada, incidirá em todas as situações que se adéqüem ao seu preceito abstrato e produzirá os correspondentes efeitos jurídicos.

Existe, outrossim, uma exceção à característica da permanência que se dá com a expurgação do ato legal de forma anômala do ordenamento jurídico. Essa retirada do mundo jurídico ocorrerá quando a lei for incompatível com normas inscritas no corpo da Constituição.

3.4 PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA LEI

O direito provém de diversas espécies de fontes. As fontes do direito são os meios pelos quais as normas de conduta passam a ter força obrigatória em uma sociedade. Em última análise, o direito “se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial” (REALE, 2001, p. 130).

Seguindo as lições de Hans Kelsen (2006, p. 229-232) somente para tratar do princípio da legalidade – isso porque o processo de constitucionalização do Direito condiciona a validade e a eficácia da norma se o seu conteúdo estiver desconforme com os valores constitucionais, com a moral, com a justiça, com a política – uma norma legal não vale porque tem determinado substrato, mas porque obedece a forma determinada. Qualquer conteúdo pode ser objeto da lei, sem ferir-se o princípio da legalidade.

Para saber se uma norma jurídica pertence a certo ordenamento, basta perquirir o seu fundamento de validade. A norma fundamental, salienta Kelsen, é o fundamento de validade de todas as prescrições de um sistema. A ordem jurídica é estruturada de forma escalonada, na qual a norma superior determina como se dará a criação da norma inferior.

Essa é a solução encontrada para resolver o possível conflito de normas que poderia ocorrer em caso de uma prescrição determinar uma conduta e outra proibir a mesma ação. Conclui Hans Kelsen afirmando que inexistente contradição entre normas de categorias distintas, nos seguintes termos:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Se uma norma inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.

Com o crescimento das competências do Estado, cada vez mais intervencionista, tornou-se mais complexa a relação entre as fontes do Direito. Hodiernamente, produz-se um rol enorme de atos com força normativa (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 236).

Pelo princípio da prevalência das leis, a lei é o ato normativo que goza de primazia na hierarquia das fontes do direito. Prevalece, inclusive, sobre todas as normas jurídicas produzidas pelo Poder Executivo, desfrutando de superioridade sobre todas as outras disposições normativas. Excepcionam-se, claro, as normas constitucionais, que constituem fundamento de validade para as leis (CANOTILHO, 1998, p. 630).

Pode-se atribuir à lei duas espécies de conteúdo, um positivo e um negativo, seguindo o escólio de J. J. Gomes Canotilho. Pelo conteúdo positivo, exige-se a observância do comando legal. Por sua vez, pelo substrato negativo, proíbe-se o descumprimento da prescrição legal.

Nada obstante, apesar de ser inegável a topografia normativa privilegiada de que goza a lei, os princípios constitucionais, o conteúdo da Constituição, os valores erigidos à categoria constitucional pelo Poder Constituinte relativizam esse princípio, posto que a determinação legal, se incompatível com a Carta Política, sucumbe.

Além disso, como causa de enfraquecimento da lei, cita-se o aparecimento de outros atos normativos que possuem força de lei. Na ordem jurídica brasileira, tem-se a medida provisória que pode até mesmo revogar uma lei que regule a mesma matéria de forma diferente.

Em algumas matérias, o próprio texto constitucional atribui caráter absoluto ao princípio da prevalência da lei. Elenca-se, *verbi gratia*, a vedação de que medida provisória regule matérias afetas ao direito penal, processual penal e processual civil.

Por conseguinte, como o direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que protege bens jurídicos elementares à sociedade e pode interferir diretamente na liberdade e no patrimônio dos indivíduos, a lei formal possui prioridade sobre as demais espécies de atos que podem integrar o Direito.

3.5 PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI

A lei é a expressão da vontade geral, posto que elaborada pelos representantes do povo. Em um Estado de Direito, vive-se sob o primado da lei. O arbítrio do governante, dos detentores de poder, se sujeita aos comandos legais.

O princípio da prevalência da lei constitui a primeira faceta do princípio da legalidade. Por este princípio, exige-se o respeito à lei posta. Também, como corolário da legalidade, tem-se a reserva legal.

Pela norma da reserva de lei, segunda faceta do princípio da legalidade, entende-se que somente se pode criar direitos e impor obrigações por meio de um instrumento criado pelo órgão constitucionalmente competente e obedecendo-se o processo legislativo correspondente. “A reserva de lei estabelece a obrigatoriedade de tratamento de determinadas matérias por meio de lei” (TAVARES, 2007, p. 581).

A Constituição Federal exige para a regulação de determinadas matérias a edição de lei formal. O tratamento dessas disciplinas por meio de qualquer outra fonte do Direito está proscria.

Existem razões apontadas pela doutrina constitucional para a adoção do princípio da reserva legal pelo legislador constitucional: a idéia de que a lei é o produto do consentimento popular e de que a lei é o melhor instrumento contra o exercício do poder arbitrário dos detentores de poder.

Dentre as questões que submetem o seu regramento à lei formal, apontam-se os direitos fundamentais. Somente a lei pode limitar ou condicionar o exercício de direitos. Nos termos dos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009, p. 336) “os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição”.

No que se refere à atividade persecutória do Estado, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Essa reserva legal instituída pelo legislador constitui a garantia mais elementar do Direito Penal (GRECO, 2006, p. 99). Rogério Greco, apontando o precursor da formulação da reserva legal, Anselm Von Feuerbach, faz as seguintes observações acerca da norma em análise:

I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. II) a imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. III) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Conseqüentemente, o mal, como conseqüência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada.

Portanto, em última análise, o constituinte originário, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais à liberdade e à propriedade, prescreveu que somente a lei pode criar tipos penais e impor sanções penais.

3.6 FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

Ao princípio da legalidade, aplicado no âmbito penal, pode-se reconhecer pelo menos quatro funções primordiais, quais sejam: proibição da retroatividade da lei; proibir a criação de crimes e penas pelos costumes; proibir a utilização da analogia para tipificar condutas e impor penas; proibir a existência de criação de tipos penais, de criminalização de condutas por meio de conceitos jurídicos indeterminados ou por disposições imprecisas.

3.6.1 1ª Função do Princípio da Legalidade: Proibição da Retroatividade da Lei Penal

O Direito Penal limita diretamente os direitos fundamentais do homem da liberdade e da propriedade. Somente o pode fazer porque, embora a imposição das sanções não seja feita diretamente pela Constituição Federal, há uma autorização constitucional. Do contrário, se a fonte legitimadora para a imposição de penas não decorresse do texto da Lei Fundamental, não seria possível a restrição a esse direito fundamental. Traz-se à baila, antes de tudo, as lições de Robert Alexy (1993, p. 277), acerca das restrições aos direitos do homem, *in litteris*:

Los derechos fundamentales, em tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de normas com rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de La Constitución, a las que autorizam dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales, las restricciones de rango inferior a La Constitución indirectamente constitucionales.

Vê-se, portanto, que a fonte legitimadora para a criminalização de condutas é a Carta Política, direta ou indiretamente.

Dentre os delineamentos constitucionais instituídos como limitadores da atividade legiferante em matéria penal, tem-se a anterioridade. A impossibilidade de retroação dos efeitos da lei para fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor constitui garantia contra o arbítrio do Estado. Esta é a prescrição da Constituição Federal acerca do assunto: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tem-se, na hipótese em comento, a ultratividade da lei revogada. Mesmo tendo uma nova prescrição abstrata regulando a mesma matéria de forma contrária, o comando deôntico ab-rogado estenderá seus efeitos para a regulação dos fatos ocorridos durante sua égide.

Nesse sentido, para que uma lei produza efeitos jurídico-penais, a sua vigência deve ser anterior à ocorrência do fato criminoso. Segundo Celso

Delmanto (2002, p. 4) “trata-se de princípio indispensável à segurança jurídica e à garantia da liberdade de todas as pessoas, impedindo que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado delituoso à época de sua prática”.

No entanto, quanto aos crimes continuados e permanentes, a nova lei penal mais grave aplica-se aos fatos que tenham iniciado sua execução sob a égide da lei anterior. Essa é a jurisprudência consolidada no âmbito do Guardião da Constituição. Veja, *exempli gratia*, a *ratio decidendi* do voto do Ministro Ilmar Galvão exarado nos autos do *Habeas Corpus* n. 76680, publicado no DJ 12.6.1998:

Nos crimes continuados, se a lei nova entra em vigor no curso da série, aplica-se o critério novo a toda a série delitiva, pois, no crime continuado, tanto se considera momento da ação o do primeiro fato parcial quanto o do último. O agente que prosseguiu na continuidade delitiva após o advento da lei nova tinha possibilidade de motivar-se pelos imperativos desta ao invés de persistir na prática de seus crimes. Submete-se, portanto, ao novo regime, ainda que mais grave, sem surpresas e sem violação ao princípio da legalidade.

Ressalta-se ainda que a anterioridade penal somente tem incidência nos casos em que a lei mais nova for mais gravosa ao agente (vedação da *novatio legis in pejus*).

Destarte, se após a ocorrência do fato criminoso sobrevier lei que beneficie o acusado, essa nova prescrição abstrata produzirá seus efeitos jurídicos, afastando-se a aplicação da disposição penal revogada. A Constituição Federal enuncia a garantia nestes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Ademais, a retroatividade da lei penal mais benigna relativiza a própria coisa julgada penal. Se a sentença penal condenatória já tiver transitada em julgado, caberá ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna, de acordo com o enunciado n. 711 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Essa relativização da coisa julgada em face da lei mais benigna tem uma explicação constitucional. A coisa julgada é uma garantia que o cidadão dispõe para a manutenção de sua segurança jurídica. A retroatividade da lei penal mais benigna é um direito individual do agente. Pela retroação dos

efeitos da lei penal, o agente tem a proteção de seu direito mais elementar, a liberdade.

Verifica-se, a partir dessa análise perfunctória, que a natureza jurídica de ambas as prescrições acima referidas é de direito e garantia individual. Isso porque protegem os cidadãos como ingerências indevidas, exige-se a omissão estatal para que se evite agressões.

Por conseqüente, não se pode argüir a coisa julgada como fundamento apto a afastar a aplicação da retroatividade da lei penal mais benigna, pois ambos são direitos individuais e a dignidade da pessoa humana será o vetor interpretativo para se fixar qual norma será aplicável. A retroatividade prevalece sobre o trânsito em julgado.

3.6.2 2ª Função do Princípio da Legalidade: Proibição da Criação de Crimes e Penas Pelos Costumes

O costume pode ser apontado como fonte do Direito. No ordenamento jurídico brasileiro, o costume exerce o papel de fonte integradora das lacunas legislativas. Essa é a prescrição do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Pode-se conceituar o costume como sendo uma prática habitual, prolongada, observada com a certeza de que essa conduta é juridicamente obrigatória.

Na verdade, não se pode afirmar que qualquer prática de uma determinada ação pode ser definida como costume. Alguns elementos devem ser preenchidos para a configuração de um costume jurídico. São eles: precisa ser praticado por longo tempo, de forma reiterada e regendo todas as situações semelhantes; necessário a consciência geral de que a conduta é juridicamente obrigatória.

O costume, em uma primeira análise, não pode ser utilizado como fonte de integração do Direito Penal. Isso porque vigora nesse ramo especializado do Direito a máxima de que *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Trata-se da aplicação direta do primado da legalidade. Essa é a lição de André Montoro (2000, 382) ao aduzir que “no Direito Penal moderno o costume não tem acolhida como fonte normativa’.

Nada obstante, não é válido afastar a possibilidade de integração do ramo criminal pelos costumes de forma absoluta. É bem verdade que para a criação de normas penais incriminadoras não há indagação acerca dessa impossibilidade da utilização dos costumes jurídicos. Outrossim, um costume jurídico não revoga uma lei penal que com ele seja incompatível, pois, de acordo com o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei produzirá seus efeitos até que outra a revogue ou modifique.

A primeira utilidade que pode ser apontada aos costumes na seara penal é a de critério interpretativo. “Na realidade da vida os fatos descritos como crimes pelas leis variam de acordo com a região e o meio social. Assim, em certas figuras típicas o legislador insere determinadas expressões que ensejam a invocação do costume como elemento exegético” (JESUS, 1998, p. 32). Cita-se, por exemplo, a expressão ‘reputação’ do artigo 139 ou ‘dignidade e decoro’ do artigo 140, ambos do Código Penal.

Ainda, a norma costumeira poderá até mesmo exercer papel integrativo no Direito Penal. Claro que não para a criação de figuras típicas e imposição de sanções penais. Poderá, com efeito, integrar as hipóteses de justificação e as exculpantes. Para Damásio de Jesus, o costume poderá ampliar o rol de excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

3.6.3 3ª Função do Princípio da Legalidade: Proibição da utilização da analogia para tipificar condutas e impor penas

O ordenamento jurídico brasileiro possui lacunas normativas. Há condutas para as quais inexistente regramento. As lacunas configuram-se como ausência de regulação de um dado estado de coisas, não se podendo afirmar que essa situação pertence ou não ao sistema jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 220). A conclusão básica do reconhecimento da existência das lacunas em um dado sistema normativo foi corretamente apresentada por Miguel Reale (2001, p. 277-278), nos seguintes termos:

Se reconhecemos que a lei tem lacunas, é necessário preencher tais vazios, a fim de que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa. Esse processo de preenchimento das lacunas chama-se *integração do direito*, e a ele já fizemos alusão quando lembramos o dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual, em sendo a lei omissa, deve-se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Vê-se, portanto, que dentre os instrumentos para colmatação das lacunas, tem-se a analogia. Aliás, “tais instrumentos têm dupla utilidade, pois não só servem para o preenchimento, como também para a constatação da lacuna” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 299).

A analogia é utilizada quando para um determinado acontecimento, *fattispecie*, não há prescrição deôntica. Contudo, para uma situação semelhante, a partir de uma verificação axiológica, mostra-se plausível a aplicação da mesma disciplina normativa.

Deve-se atentar para o fato de que, na analogia, havendo identidade de razões para a regulação de casos, aplica-se a mesma consequência jurídica. Essa conclusão pode ser compreendida no seguinte brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito).

No Direito Penal, em razão do princípio da legalidade, sob a faceta da reserva legal, não se pode criar um tipo penal por meio da analogia, ainda que no fato não regulado estejam presentes os caracteres essenciais que determinaram a criação da norma penal incriminadora.

Esse entendimento restou consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Inquérito 1145, no qual foi Relator para o Acórdão o Ministro Gilmar Mendes, publicado no DJe de 4/4/2008. Nestes autos, discutiu-se a possibilidade de instaurar-se inquérito policial para a averiguação da materialidade e autoria delitiva em relação ao crime de falsidade ideológica. A conduta descrita na denúncia do Ministério Público Federal foi a de utilização de escutas eletrônicas para o repasse do gabarito das provas de um vestibular aos candidatos. Ao rejeitar a instauração do inquérito policial, essa foi a fundamentação do Pretório Excelso:

i) impossibilidade de enquadramento da conduta do denunciado no delito de falsidade ideológica, mesmo sob a modalidade de 'inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante';

ii) embora seja evidente que a declaração fora obtida por meio reprovável, não há como classificar o ato declaratório como falso;

iii) **o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem).** Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da 'cola eletrônica', a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. *(sem grifos no original)*

Por conseguinte, é terminantemente proibido recorrer-se à analogia, como instrumento de integração do Direito, para prejudicar o réu.

A seu turno, a analogia *in bonam partem* "é muitas vezes necessária para que ao interpretarmos a lei penal não cheguemos a soluções absurdas" (GRECO, 2006, p. 50). A doutrina cita como exemplo de aplicação da analogia para beneficiar o agente, a permissão para realização do aborto quando a gravidez resultar de atentado violento ao pudor.

Por sua vez, ainda que feita para beneficiar o agente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem rechaçando a possibilidade de utilização da analogia para beneficiar o agente. Veja, a esse respeito, o seguinte excerto da ementa do Acórdão exarado nos autos do Habeas Corpus n. 92.626: “não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma”. Nesse julgado, o impetrante pretendia ver aplicado ao seu caso a majorante do crime de roubo pelo cometimento do crime em concurso de pessoas, pois cometeu o crime de furto nas mesmas circunstâncias.

Frise-se que a analogia, como método integrativo, somente poderá ser utilizada nos casos em que houver uma lacuna legal e não se aplicará quando ficar claro que o legislador quis excluir do âmbito de incidência da lei determinada situação análoga.

3.6.4 4ª Função do Princípio da Legalidade: Proibição de Incriminações Vagas e Indeterminadas

Conforme já referido, o princípio da legalidade exige que a criminalização da conduta desvalorada deve ser anterior ao acontecimento do mesmo no mundo dos fatos. Exige ainda que o instrumento normativo para a criação de novos preceitos incriminadores seja uma lei formal, isto é, editada pelo órgão competente, segundo o processo legislativo constitucionalmente adequado.

Nada obstante, mesmo que a previsão de um tipo penal obedeça aos requisitos da competência e forma de criação, o princípio da legalidade estrita no âmbito penal traz a consequência de que a atividade legiferante deve ser certa e determinada.

Não pode, assim, o legislador criar uma lei penal, com a instituição de crimes e suas devidas penas, com disposições vagas e imprecisas. Para Celso Delmanto (2002, p. 4), “as leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar”.

Ainda, com precisão, Rogério Greco (2006, p. 102) exemplifica situações em que pode ocorrer a violação ao princípio da legalidade em razão da previsão de tipos penais imprecisos e vagos e faz as seguintes observações:

Exemplos de tais conceitos vagos ou imprecisos seriam encontrados naqueles tipos penais que contivessem em seu preceito primário a seguinte redação: “São proibidas quaisquer condutas que atentem contra os interesses da pátria”. O que significa isso realmente? Quais são essas condutas que atentam contra os interesses da pátria? O agente tem que saber exatamente qual a conduta está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talante, alargar sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)

A exigência da determinação das condutas que são criminosas, além de decorrer diretamente do princípio da legalidade, sofre influência ainda do primado da segurança jurídica. O cidadão deve conhecer as regras do jogo, sob pena de ficar sempre exposto ao arbítrio dos agentes estatais.

3.7 MEDIDAS PROVISÓRIAS CRIANDO TIPOS PENAIS

A medida provisória é uma das espécies normativas que podem inovar na ordem jurídica. Na verdade, possui força de lei. Somente podem ser editadas pelo Chefe do Poder Executivo da União, o Presidente da República.

Como está insculpido no próprio nome ‘medida provisória’, essa espécie de instrumento deôntico tem vigência determinada. Não possui a

característica da permanência inerente às leis. Assim, se a medida provisória não for convertida em lei no prazo estatuído na Constituição Federal, perderá sua vigência.

Acerca dos efeitos da medida provisória, Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009, p. 936) aduzem que produz dois efeitos básicos. Em primeiro lugar cria novas disposições normativas. Por esse efeito, a medida provisória revoga leis em sentido contrário em razão de um dos seus atributos, qual seja, a força de lei. Em segundo lugar, induz o Poder Legislativo da União a apreciá-la.

Para a edição dessa espécie normativa, dois pressupostos constitucionais devem ser observados: a relevância e urgência. Pela relevância entende-se que a matéria regulada deve ser de interesse da sociedade, visando à satisfação do interesse público. Deve ter um diferencial em relação ao interesse que motiva a deflagração do processo legislativo de uma lei ordinária. A relevância tem de ser excepcional, extraordinária e diferenciada, apta a exigir um tratamento jurídico rápido e célere (TAVARES, 2007, p. 1126).

Por sua vez, o requisito da urgência refere-se ao perigo de dano, a uma situação de periculosidade que deva ser combatida por meio de uma ação eficiente. A situação de periculosidade tem de ser iminente, pois caso haja o perigo, mas não seja iminente, o procedimento constitucionalmente correto será a iniciação do processo legislativo ordinário.

Havia uma cizânia jurisprudencial acerca da possibilidade de aferição jurisdicional da existência dos requisitos da relevância e urgência, mas o Pretório Excelso reconhece pacificamente a possibilidade de controle da existência dos pressupostos constitucionais da medida provisória em caráter excepcional.

O Direito Penal tem a nítida função de proteger os interesses elementares da sociedade. Latente está o requisito da relevância da matéria. Por sua vez, embora haja um perigo de dano a bens jurídicos importante, isso não dá ao Presidente da República o direito de, aodadamente, criar crimes e impor penas. Cai o requisito da urgência em matéria penal.

No que se refere ao conteúdo que uma medida provisória pode regular, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, surgiu uma polêmica a

esse respeito. Não havia no texto promulgado pelo Poder Constituinte Originário qualquer espécie de limitação.

Seria caso de silêncio eloqüente?

No entanto, algumas limitações de natureza substancial foram reconhecidas ao exercício da competência por parte do Presidente da República para a edição da medida provisória. Inclusive, algumas Emendas Constitucionais impuseram limitações, dentre elas, a Emenda Constitucional n. 32/2001.

Depois da edição da Emenda Constitucional n. 32/2001, parte substancial da disciplina constitucional da medida provisória sofreu alterações. Além das alterações formais, *verbi gratia*, prazo de vigência, introduziu-se uma série de limitações materiais. Definiram-se quais as espécies de disciplinas jurídicas não poderiam ser regradas pela Medida Provisória.

De acordo com o artigo 62, § 1º, alínea *b*, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/2001, é vedada a adoção de medida provisória sobre direito penal. Portanto, tornou-se inviável a regulação de qualquer espécie de regramento inerente ao ramo penal por meio de medida provisória.

Ressalte-se que a impossibilidade da medida provisória criar crimes é decorrência natural do princípio da legalidade, pois a legalidade, no âmbito penal, é estrita. Esse é o entendimento esposado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 254818, DJ de 19/12/2002:

Com efeito, três têm sido as amarras dogmáticas da tese.

A primeira é da reserva absoluta da lei, segundo o artigo 5º, XXXIX, da Constituição, para a definição de crimes e cominação de penas.

A segunda é que, porque configura garantia individual da liberdade, esse mesmo princípio da legalidade dos crimes e das penas se insere em área material em que vedada a delegação legislativa, interdição que se tem reputado logicamente extensível às medidas provisórias.

Finalmente, está o argumento inferido da ontológica provisoriedade e da resolubilidade da medida provisória, caracteres incompatíveis com a irreversibilidade e da irreparabilidade da incidência da lei penal e, de modo especial, de eventual prisão ou condenação criminal: para usar os termos felizes de Leomar Amorim, da impossibilidade de admitir-se a

'existência de crimes provisórios ou de crimes sob condição resolutiva'.

Embora todas essas digressões e entendimentos tenham tido sua relevância, a Carta Constitucional de 1988, após sua modificação realizada em 2001, na matéria de medidas provisórias, não há qualquer dúvida acerca da proscrição, do afastamento desse instrumento prescritivo da seara penal

Inclusive, por fim, mesmo que se trate de institutos que beneficiem o agente de qualquer modo, a medida provisória está afastada.

CONCLUSÃO

Em 5 de outubro de 1988, inicia-se um processo de adequação de todo o ordenamento jurídico à nova Carta Constitucional. Até os dias atuais, os operadores do Direito estão, quando da aplicação, colmatando as normas para aplicá-las aos casos concretos de acordo com o espírito da Constituição.

O aplicador do Direito ganhou mais liberdade para atuação e passou a criar normas para a solução dos litígios apresentados à sua apreciação. O processo silogístico e a aplicação dos princípios da Lógica deixaram de ter um papel imprescindível no processo hermenêutico. Exige-se mais do Estado-Juiz em sua atuação.

Com efeito, o Direito passou a compor-se de princípios que para a definição de seu conteúdo precisam do auxílio da moral, da política, da filosofia. Essa é a influência decorrente da adoção do pós-positivismo como marco filosófico. A Constituição passou a ser um sistema aberto de normas. Há, no bojo da Carta Magna, espécies de normas com um caráter determinado, as regras, e outras, com seu substrato aberto.

Deveras, todo o Direito sofreu um processo de mutação por meio da constitucionalização. Os princípios que foram elevados à categorias de normas constitucionais exercem um papel de imantação, isto é, participam da formação de todas as demais normas jurídicas. Participam, efetivamente, do processo legislativo e também do processo de integração das lacunas normativas.

Por essa forma, o Direito Penal fica condicionado pelos princípios constitucionais. As prescrições normativas adotadas na seara penal passaram por um processo de transformação.

Sabe-se que o Direito Penal, que tem como paradigma o Decreto-Lei n. 2848/40, protegia, essencialmente, o patrimônio e renda, bens então elementares à sociedade brasileira.

Com o advento da Constituição Cidadã, a dignidade da pessoa humana passou a ser o vetor que rege todo o ordenamento jurídico. Todas as normas devem ter como fim último a realização do ser humano, o respeito aos

direitos fundamentais. Os princípios constitucionais conformam o Código Penal tornando-o atual, pois o substrato das prescrições deônticas penais alteraram-se e passaram a ter em vista a pessoa.

Dentre esses princípios elementares que exercem um papel de imã no ramo criminal, tem-se o princípio da legalidade. Durante o desenvolvimento dessa monografia desenvolveu-se aspectos relevantes do princípio da legalidade.

Inúmeras funções relevantes são desenvolvidas pelo primado da lei quando da criação de tipos penais, aplicação da pena e execução das sanções impostas, ou seja, no exercício do *jus puniendi* estatal.

Contudo, o que deve ficar mais claro é que o arbítrio estatal foi afastado e que o alvedrio do operador do Direito submete-se à anterioridade, à impossibilidade de uso dos costumes para criar tipos penais ou da analogia para estender a incidência de normas penais incriminadoras.

A lei é a fonte primordial para a inovação na ordem jurídica no que se refere à criminalização de condutas. Qualquer norma, ainda que jurídica, mas que não seja editada pelo órgão competente e que siga o processo legislativo constitucional, deve ser rechaçada e não pode servir como fundamento apto para o Estado punir condutas, ainda que reprováveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. 21 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Pós-Positivismo e Democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo*. In: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf. Acesso em: 19/6/2009.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e Monografia Jurídica na Era da Informática. Faça você mesmo de forma prática, rápida e atendendo as normas da ABNT*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1