

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

VANESSA MILET ALVES

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI PENAL TEMPORÁRIA

Aracaju
2012

VANESSA MILET ALVES

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI PENAL TEMPORÁRIA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Mestre Sandro Luiz da Costa

Aracaju
2012

VANESSA MILET ALVES

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI PENAL TEMPORÁRIA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

Examinada por:

Prof.º Sandro Luiz da Costa – Presidente
FANESE

Prof.º Augusto César Leite de Resende – 1º Examinador
FANESE

Prof.º Marcelo de Macedo – 2º Examinador
FANESE

À minha avó materna Henie

AGRADECIMENTOS

- A Deus, por estar sempre comigo, iluminando meus caminhos e dando a força necessária para que eu possa encarar as minhas provações. Inúmeras foram as bênçãos que já me concedeste.
- Aos meus pais, Assis e Angélica, por me mostrarem ao longo da vida a importância da união, da família e do amor e, principalmente, por me ensinarem que cada obstáculo se torna pequeno diante da magnitude de um amor como o nosso. Falei, mas ainda assim não cheguei nem perto de traduzir em palavras tudo que vocês representam na minha vida. Com vocês, por vocês e para vocês SEMPRE.
- Aos meus irmãos, Andrezza e Matheus, pelas brigas, brincadeiras e amor, indispensáveis ao meu crescimento emocional como ser humano. Ao contrário do que muitos pensam, as nossas discussões fizeram parte da nossa evolução humana. Amo, amo, amo.
- Ao meu sobrinho lindo, João Victor. Deus já me deu muitos presentes ao longo da vida, mas você, sem dúvida é o maior deles. Quando era adolescente, ganhei de meu pai um livro denominado 'Para minha filha', repleto de citações de autores desconhecidos. Uma sempre me intrigou, dizia assim: "Ter um filho é decidir ter para sempre o coração batendo fora do corpo". Na época não entendia. Mas hoje eu entendo. Simplesmente entendo. O amor que dedico a você só é comparável ao amor de uma mãe pelo filho. Ah, sou mesmo a tia mais coruja da face da terra.
- À minha avó materna, Henie. Indiscutivelmente você conseguiu me mostrar o papel lindo das avós na vida de um ser humano.
- A Rodrigo, a quem dedico os sentimentos mais nobres que podem existir entre um homem e uma mulher.
- Aos meus tios Ricardo e Berenice, por sempre terem deixado a casa virar um caos com tantos primos reunidos.
- Aos primos Paula, Roberto, Thiago e Patrícia, mais irmãos do que primos, por tornar a jornada da vida algo tão simplesmente divertido. Não posso esquecer dos meus pequenos, Felipe (não tão pequeno mais), Bruno, Henrique e Lara. Amo vocês.

- Ao meu tio Toninho, mesmo não estando mais entre nós, sei que torce por mim. Sempre torceu.
- Ao orientador, chefe, mestre e amigo Sandro Luiz da Costa pelos ensinamentos, oportunidades e, principalmente, por me mostrar, pela sua história de vida, que com dedicação, esforço, trabalho e apoio dos que amamos somos capazes de alcançar nossos objetivos.
- Aos professores, figuras essenciais na caminhada pelo curso, meu eterno agradecimento. Em especial a Augusto César, José Carlos, Adélia Moreira e Amilton Neves.
- Às amigas Flávia, Lygia, Aline Feitosa, Aline Nunes, Paula Nunes, Dani e Luciana. A vida é mais bonita e mais fácil com vocês ao meu lado.
- Aos amigos, bons amigos, que pude fazer nesses cinco anos de curso, em especial a Sidney, Marieta, Reginaldo, Wellington e Elvys.
- A Dona Didi, pelos ensinamentos sobre a vida e a fé.
- À FANESE, seus colaboradores e coordenadores do Curso de Direito, especialmente a Lu.
- À equipe de Assis Contabilidade, especialmente a Alex e Luiz.
- A todos aqueles que de qualquer forma contribuíram para que eu pudesse chegar até aqui.

Delitos tanto mais graves quanto as ações dos homens graduados agem sobre a multidão com muito maior influência e os seus excessos desfazem no espírito dos cidadãos as ideias de justiça e de dever, para substituí-los pelos do direito do mais forte: direito do mesmo modo perigoso para quem dele abusa e para quem dele sofre.

Cesare Beccaria

RESUMO

A norma suprema de um Estado é a Constituição, a quem cabe a tarefa de ditar as regras que irão compor um ordenamento jurídico. Sua supremacia vincula os demais ramos do Direito. Os princípios e preceitos nela previstos devem irradiar as normas que a ela se submetem. Uma norma infraconstitucional que não se coadune com a Carta Magna padece do vício de inconstitucionalidade que, como consequência enseja a retirada dessa norma do ordenamento jurídico, com vistas a manter a estabilidade da Lei Maior. Assim, para o operador do direito, o estudo da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição é algo incessante. Nesse contexto, o presente trabalho visa analisar a inconstitucionalidade da lei penal temporária frente ao dispositivo constitucional do art. 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil. Para o alcance da finalidade utilizou-se uma abordagem qualitativa de técnica descritiva de cunho teórico e método dedutivo, por meio da análise de um vasto acervo bibliográfico acerca do estudo da Constituição, princípio da legalidade penal, eficácia temporal das normas penais e lei penal temporária. Da premissa maior, a Constituição, partiu-se para a premissa menor, a lei penal temporária e sua constitucionalidade. De forma breve apresentou-se a teoria geral da Constituição. O princípio da legalidade, garantia prevista constitucionalmente, traz a necessidade da existência da lei penal e a garantia da sua observância pelos aplicadores do direito. O dispositivo constitucional do art. 5º, XL, da Carta Magna, trata da sucessão de leis penais no tempo. Garante a irretroatividade da lei penal mais severa e a retroatividade da lei penal mais benéfica. A análise da lei penal temporária enseja, pela sua natureza, a averiguação da ocorrência ou não dessa sucessão. O estudo revelou que a sucessão de leis só ocorre quando, após a lei penal temporária, sobrevier uma nova ordem jurídica, implicando na observância do mandamento constitucional em estudo, sob pena de sua violação. Não sobrevivendo nova lei, inexistente sucessão de leis penais quando decorrido o lapso temporal da situação justificante da lei penal temporária. Nesse contexto, aferiu-se que a lei penal temporária é constitucional quando analisada frente o dispositivo do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Normas penais temporárias ou excepcionais. Constitucionalidade. Irretroatividade *in pejus*.

ABSTRACT

The supreme rule of a Country is its Constitution, which has the duty to dictate the rules which will compose a legal system. Its supremacy binds the other Law branches. The principles and precepts in it must irradiate the rules that submit to it. An infra-constitutional norm that does not observe the Constitution suffers from unconstitutionality which consequence is its taking out of the legal systems to maintain Constitution stability itself. Thus, for Law operators, studying infra-constitutional norms compatibility with the Constitution is something never ending. Following such context, the present paper aims into analyzing the temporary penal Law non-constitutionality before the constitutional provision into the Constitution of the Federative Republic of Brazil, article 5, XL. In order to reach finality it was used a theoretical descriptive technique in a qualitative approach and deductive method, by means of analysis of a vast bibliographical pile on Constitution study, principle of legal penalty, temporal effectiveness of penal rules and temporary penal law. Out of the major premise, the Constitution itself, it was reached minor premise, temporary penal law and its constitutionality. The Constitution general theory Briefly was presented. The legality principle, a guarantee constitutionally granted, brings the need of existence of penal law and the guarantee of its observance by those who apply the Law. The constitutional provision into article 5, XL, deals with penal law succession in time. It guarantees the non-retroactivity of more severe penal law, and the retroactivity of more soft penal law. By its nature, temporary penal law analysis consists of the inquiry of the occurrence or not of such succession. This study has revealed that the succession of laws only occurs when, after the temporary penal law, a new legal system survives, resulting into the observance of the constitutional commandment under study, under penalty of its violation. In not surviving a new law, penal laws succession do not exist when passed the time lapse of the situation that justifies the temporary penal law. Within such context, it was understood that the temporary penal law is constitutional when it is analyzed before the article 5, XL, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Temporary or exceptional penal rules. Constitutionality. Non-retroactivity *in pejus*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO	15
2.1 Breve conceito de direito constitucional e constituição	15
2.2 Concepções formal e material das constituições	20
2.3 Teoria geral do controle de constitucionalidade	22
2.3.1 Rigidez e supremacia constitucional	22
2.3.2 Controle de constitucionalidade	25
2.4 Normas constitucionais de eficácia plena e normas constitucionais de eficácia contida	32
2.5 Teoria geral dos direitos e garantias fundamentais.....	33
3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	39
3.1 Fontes do Direito Penal.....	39
3.2 Interpretação extensiva e analogia.....	41
3.3 O princípio da legalidade.....	44
4 EXTRA-ATIVIDADE: A lei penal no tempo.....	59
4.1 Eficácia temporal, retroatividade e irretroatividade da lei penal	59
4.2 Ultra-atividade da lei penal	68
5 LEI PENAL TEMPORÁRIA.....	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS.....	88

1 INTRODUÇÃO¹

O Código Penal Brasileiro visa a defesa dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, justificando, assim, a intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais. Ao disciplinar a lei penal temporária, o diploma repressivo previu que, em determinados momentos, essa defesa necessita ser mais contundente. A partir dessa necessidade estabeleceu o caráter ultra-ativo da lei penal temporária, prevendo ainda que essa situação de anormalidade perduraria por um lapso temporal, via de regra, determinável.

Acontece que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, previu, expressamente, apenas um caso de extra-atividade da lei penal: a questão da retroatividade da lei penal mais benéfica, sem nada mencionar sobre a lei penal temporária.

Nesse rumo, o presente estudo se reveste de importância ao analisar a compatibilidade de uma norma infraconstitucional diante da Carta Magna, tendo em vista que esta serve de baliza para toda e qualquer atividade legislativa no país. É nela que estão descritos, explícita ou implicitamente, os princípios que devem nortear o ordenamento jurídico, dentre os quais se encontram o da irretroatividade da lei penal mais severa e o da retroatividade da lei penal mais benéfica.

O interesse pelo tema da pesquisa é parte de um investimento pessoal que esta autora, desde os primórdios da vida acadêmica no curso de Direito, dedica com alguma especialidade ao Direito Penal. A base fundamental que sempre nutriu os questionamentos foi a busca do entendimento sobre a relação desse ramo do Direito com a Constituição, tendo em vista que a seara penal possui uma dinâmica baseada na defesa dos bens jurídicos mais relevantes a partir da restrição de direitos fundamentais do indivíduo infrator. Assim, surgiu a necessidade de averiguar se a lei penal temporária atende a essa dinâmica.

A doutrina penal, a exemplo de Aníbal Bruno², Nelson Hungria³ e Magalhães Noronha⁴, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, já esboçava posicionamentos acerca da lei penal temporária.

¹ Optamos por ajustar as citações deste trabalho à ortografia vigente, dada pelo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, promulgado pelo Decreto Presidencial nº 6.583/2008.

² BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

Os autores acima mencionados defendiam já o caráter ultra-ativo da lei penal temporária, conforme descrito no diploma repressivo. Atualmente, essa corrente clássica da doutrina possui seus seguidores, a exemplo de Gomes⁵, o qual defende que o estudo da lei penal temporária deve se dar no campo da tipicidade e não da constitucionalidade. Em contrapartida, outros autores rechaçam veementemente a lei penal temporária, a exemplo de Nucci⁶ e Grecco⁷, por entenderem que há clara ofensa aos princípios previstos expressamente na Constituição.

Nesse contexto, tendo em vista ser o Código Penal um Decreto-Lei que fora recepcionado pela nova ordem instituída com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, oportuna é a análise da compatibilidade da lei penal temporária com os preceitos instituídos pela Carta Magna. Cabe aqui destacar a importante contribuição que tem dado o estudo realizado por José Afonso da Silva⁸ no tocante à classificação das normas constitucionais, posto que esse arranjo permite identificar quais delas gozam de aplicabilidade direta e imediata. Ou seja, desde editadas já são aptas a produzir os efeitos que almejam.

Assim, para a resposta da questão da compatibilidade da lei penal temporária frente à Lei Maior, é imprescindível conhecer em qual espécie de norma constitucional se enquadra aquela constante no art. 5º, XL da Constituição da República, bem como analisar se a lei penal temporária se reveste do caráter da ultra-atividade e, por fim, se a referida lei se coaduna com o dispositivo constitucional retromencionado.

A partir das questões apresentadas, é urgente delimitar que este estudo visa analisar se a lei penal temporária afronta o dispositivo constitucional constante no art. 5º, XL, da Constituição Federal. Toante a essa discussão, analisar o referido dispositivo quanto à sua aplicabilidade, assim como os aspectos atinentes à ultra-atividade da lei penal temporária.

Desta feita, as questões que norteiam a presente pesquisa deixam clara a relevância científica do estudo na medida em que é uma reflexão acerca do Direito Penal, como também do Direito Constitucional, pautada na inconstitucionalidade de

⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 2v.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁷ GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

⁸ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

uma norma vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de não ter sido utilizada em nenhuma situação fática desde o advento da ordem que hoje vigora, o estudo da constitucionalidade da lei penal temporária é de suma importância para despertar nos operadores do direito a consciência de que devem analisar com olhos mais atentos as normas que compõem a organização legal do país. Deve-se verificar também se há o devido respeito aos princípios constitucionais, pois uma vez introduzidos no ordenamento jurídico, as normas gozam de presunção de constitucionalidade.

A metodologia adotada para a resolução das questões e alcance dos objetivos será feita mediante abordagem qualitativa de técnica descritiva⁹, de cunho teórico¹⁰, por meio do qual, utilizando-se do método dedutivo¹¹ será possível aferir em qual espécie de norma constitucional se enquadra a norma constante do art. 5º, XL, da Constituição Federal, a partir da identificação dos elementos que devem integrar cada espécie de norma.

Para análise do caráter extra-ativo da lei penal temporária será adotada também a abordagem qualitativa de técnica descritiva, de cunho teórico, tendo em vista que o estudo dos elementos da extra-atividade da lei penal será feito a partir de análise doutrinária. Ainda utilizando-se do método dedutivo, com abordagem qualitativa de técnica descritiva, de cunho teórico e, partindo das premissas anteriormente estudadas, será possível alcançar o objetivo final da presente pesquisa, qual seja, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei penal temporária. Para tanto, o presente estudo encontra-se dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo apresenta um breve panorama do Direito Constitucional, estabelecendo o conceito de constituição, seus sentidos e acepções, bem como dos elementos a ela inerentes e a sua função dentro de um determinado ordenamento jurídico. O tópico perpassa também pela supremacia e rigidez constitucional,

⁹ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Segundo os autores, a pesquisa qualitativa visa à análise da natureza do objeto em estudo e, utilizando-se da técnica descritiva é possível descrever os fenômenos, analisando-os de forma a uma análise aprofundada para que se possa chegar à natureza do objeto.

¹⁰ De acordo com Mezzaroba e Monteiro, Id., p. 112-113, “A modalidade teórica de pesquisa pressupõe que você irá trabalhar com um arsenal bibliográfico suficiente e de excelente qualidade para se aproximar dos problemas. Assim, obrigatoriamente, a investigação deverá contemplar uma revisão bibliográfica rigorosa para sustentar a abordagem do seu objeto”

¹¹ Apresentam Mezzaroba e Monteiro, Id., p. 65, que “o método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas”.

pressupostos do controle de constitucionalidade, que será tratado apenas em seus aspectos gerais. Traz ainda a classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva¹², finalizando com a teoria geral dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo traz um estudo acerca do princípio da legalidade, realizando, preliminarmente, um adendo acerca das fontes do direito penal e da interpretação extensiva e da analogia. Feito isso, posteriormente, adentrar-se-á efetivamente no estudo do referido princípio, abarcando o histórico, função dentro do Estado Democrático de Direito, aspectos e garantias dele decorrentes, de modo a analisar a intenção do legislador constituinte quando atribuiu a esse princípio o *status* de garantia constitucional.

O terceiro capítulo trata da extra-atividade e estudo da lei penal no tempo, abarcando a eficácia temporal da lei penal e a análise do mandamento constitucional descrito no art. 5º, XL, da Constituição Federal, desembocando na ultra-atividade da lei penal.

Por fim, o último capítulo trata exclusivamente da lei penal temporária, trazendo os conceitos e finalidades da referida lei. Apresentando a posição de diversos autores e os argumentos por eles defendidos acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei penal temporária no tocante ao seu caráter ultra-ativo e possível conflito com o art. 5º, XL, da Carta Magna.

¹² Op. cit.

2 TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO

2.1 Breve conceito de direito constitucional e constituição

O Direito Constitucional, tomando-se como parâmetro a divisão em direito público e privado dos ramos do Direito, integra o ramo do direito público, como delimita Silva¹³. Explicita o autor que essa integração se dá pelo fato de o Direito Constitucional referir-se às normas de organização, funcionamento e estrutura do Estado, assim como dos direitos e garantias fundamentais do homem, tutelando as regras básicas que devem reger um Estado no mundo contemporâneo. Seria então o Direito Constitucional “o Direito Público fundamental”¹⁴.

Ainda nessa linha de pensamento, Bonavides¹⁵ destaca que o Direito Constitucional é a disciplina básica do Direito Público interno, pois, ao estabelecer as normas que regulamentam o ordenamento jurídico de um Estado, vincula os demais ramos do Direito Público que com ele se relaciona.

Canotilho¹⁶, ao delinear os caracteres constitutivos do Direito Constitucional, preleciona que este ramo do direito é dotado de algumas características específicas, que derivam da posição hierárquica das normas constitucionais que compõem o ordenamento jurídico de um Estado, o qual denominou de “posição hierárquico-normativa”¹⁷ do Direito Constitucional.

Dentro dessa posição, ressalta que o Direito Constitucional deve ser visto sob três perspectivas: autoprímazia normativa, fonte primária da produção jurídica, direito autodeterminante e natureza supraordenamental.

A autoprímazia normativa se traduz no fato de que as normas constitucionais não buscam sua validade em nenhuma outra norma hierárquica superior, vez que tais normas, por si só, já se revestem de caráter de superioridade dentro de um ordenamento jurídico, servindo, então, de fundamento de validade para as outras normas hierarquicamente inferiores.

Como fundamento para as demais normas inferiores, o Direito Constitucional contempla a fonte primária da produção jurídica, posto que as demais normas a ele

¹³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁴ HERAS, *apud* SILVA, p. 35.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

¹⁷ *Id.*, p. 136.

se submetem, constituindo, assim, como denominou Canotilho, “as determinantes positivas e negativas das normas inferiores”¹⁸. Tem-se assim a terceira perspectiva do Direito Constitucional, o fato de ser um direito heterodeterminante.

Por ser o direito regulador da produção de normas jurídicas o Direito Constitucional é o fundamento de validade das normas inferiores, estabelecendo os parâmetros para produção destas e funcionando como agente determinante das normas inferiores. Como determinante positiva regula diretamente o conteúdo das normas inferiores para que estas não colidam com os preceitos constitucionais. Já como determinante negativa impõe limites que devem ser respeitados pelas normas inferiores.

Quanto à natureza supraordenamental do Direito constitucional, tem-se que as suas normas são “*normae normarum*”¹⁹, conforme denominação dada por Canotilho, ou seja, são normas que regulam a produção jurídica de um determinado Estado, tornando o ordenamento jurídico coeso e unificado.

Dada a importância do Direito Constitucional, haja vista ele ter como objeto o estudo das normas que integram a constituição de um Estado, o seu conteúdo, como assevera Silva²⁰, em consonância com a doutrina geral, deve ser analisado sobre três aspectos básicos, que seriam o Direito Constitucional Positivo, o Direito Constitucional Comparado e o Direito Constitucional Geral.

Mesmo não adentrando nas especificidades destinadas a cada aspecto, vale apontar a relevância que aqui adquirem o Direito Constitucional Positivo e o Direito Constitucional Geral, uma vez que ambos tratam, respectivamente, do estudo da constituição de um determinado Estado, analisando a sua forma de organização e estruturação. Bem como o estudo dos princípios e conceitos presentes em várias constituições de diferentes Estados. Esse é o panorama apresentado por Silva²¹, no tocante às delimitações dos dois aspectos mencionados.

Apresentada a visão geral do conceito e importância do Direito Constitucional, impõe-se o detalhamento do seu objeto de estudo, a constituição de um Estado, e aqui, mais especificamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, analisando-a sob o ponto de vista do Direito Constitucional Positivo e Geral.

¹⁸ Ibid., p.138.

¹⁹ Ibid., p.140.

²⁰ Op. cit.

²¹ Id., loc. cit.

A doutrina é unânime quanto à dificuldade em apresentar um conceito fechado do que venha a ser constituição, visto que o seu entendimento abarca diversos sentidos. Para Bulos²², a situação não poderia ser diferente, visto que as constituições são “organismos vivos”, que vivem em íntima relação com o meio social e político no qual estão inseridas. Portanto, apresentar um conceito fechado, seria negar a influência que as transformações sociais exercem sobre as constituições.

Basicamente, como apresenta Silva, a constituição de um Estado é

considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias²³.

A par de refletir bem a essência de uma carta magna, o conceito acima não abarca os diversos sentidos que podem ser dados às constituições. Desta feita, imperioso se faz apresentar os sentidos tradicionais apresentados pela doutrina, quais sejam: sociológico, político e jurídico.

O sentido sociológico quem nos apresenta é Lassalle²⁴, segundo o qual a constituição deve refletir os “fatores reais do poder”. Ao ser a lei fundamental de um Estado, a constituição deve contemplar a força ativa que explica a existência das outras normas jurídicas de uma nação. Essa força ativa é reflexo dos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade, legitimando a constituição vigente em um Estado. Certamente é a própria essência dessa constituição.

Ainda de acordo com Lassalle²⁵, todos os países sempre possuíram uma constituição real e efetiva, que refletisse os fatores reais de poder, pois não há que se conceber uma nação minimamente organizada e estruturada sem uma lei maior. A diferença entre o mundo contemporâneo e os tempos antigos, esclarecer o autor, é a necessidade de se transcrever numa folha de papel as instituições e princípios vigentes num determinado governo. Como bem denomina de “as constituições escritas nas folhas de papel”²⁶.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

²³ SILVA, 2012, p. 37-38.

²⁴ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

²⁵ Id., loc. cit.

²⁶ Id., p. 27.

Para ser eficaz, assevera Lassalle²⁷, a constituição escrita deve refletir os fatores reais de poder, ou seja, a constituição real e efetiva. Entretanto, não havendo correspondência entre a constituição escrita e a constituição real e efetiva, haverá um conflito em que a “folha de papel” sucumbirá aos anseios dos fatores reais de poder, visto que a constituição real e efetiva é quem confere legitimidade à constituição escrita. Assim, concebeu que a verdadeira constituição de um Estado não é a constituição da “folha de papel”, mas sim a que representa a real organização política de uma sociedade.

O sentido político da constituição fora proposto por Carl Schimdt²⁸, o qual concebeu a constituição como uma “decisão política fundamental”, através da qual se estabelece o modo e a forma da unidade política. Em sua concepção política, tratou da distinção entre constituição e lei constitucional²⁹. A primeira seria a decisão política propriamente dita que disciplinou a forma e organização do Estado, os direitos fundamentais e a vida democrática. Já a lei constitucional seria toda norma insculpida na constituição, mas que não versa sobre aquela decisão política fundamental.

De acordo com Porto³⁰, a concepção apresentada por Carl Schimdt deu origem à distinção hoje feita na doutrina entre as normas materialmente constitucionais e as normas formalmente constitucionais. Aspecto este que será tratado mais adiante quando for estudado o aspecto material e formal da constituição.

O sentido jurídico da constituição é trazido por Hans Kelsen³¹ na **Teoria pura do direito**, em que defende a ideia de o direito só ser válido se for posto, positivado, traduzido em normas jurídicas, que estariam submetidas a uma norma fundamental. Esta norma fundamental conferiria validade a todo o ordenamento jurídico, que a ela estaria submetido. De acordo com a teoria pura do direito, o autor estabeleceu que o ordenamento jurídico é verticalizado, escalonado, ou seja, há hierarquia entre as normas, sendo hierarquicamente superior a norma fundamental, traduzida na constituição, esta, então, ocuparia a posição mais alta do vértice, por ser ela a norma que embasa todo o ordenamento jurídico, dando suporte às demais.

²⁷ Ibid. loc. cit.

²⁸ Carl Schimdt, *apud* BULOS, op. cit.

²⁹ Id, *apud* BULOS, op.cit.

³⁰ PORTO, *apud* HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodvim: 2009.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Sendo a constituição a norma fundamental de um ordenamento jurídico, Kelsen³² a concebeu sob dois sentidos: o lógico-jurídico e o jurídico-positivo. No primeiro sentido, a constituição é tratada como uma norma fundamental hipotética que serve de base à constituição positivada. Esta norma hipotética se fundamenta na história da sociedade a ser regida pela constituição posta. No sentido jurídico-positivo, a constituição é aquela efetivamente positivada, traduzida em regras de organização do Estado. É esta a norma suprema de um ordenamento jurídico.

Ruffia³³, diferentemente das concepções destacadas, apresenta sentidos jurídicos distintos quanto à denominação constituição. O primeiro sentido denomina-se substancial, segundo o qual a constituição é a norma que estabelece a estrutura básica do Estado. No sentido formal, a constituição abarca normas especiais, distintas das leis ordinárias, tendo em vista as especificidades do processo legislativo para a criação das normas constitucionais. O último sentido é o documental, no qual a constituição é um ato normativo que dispõe as normas constitucionais.

Cada forma de conceber a constituição não deve ser vista unilateralmente, mas sim de forma conexa, pois os sentidos se complementam, demonstrando não somente o conceito formal da norma constitucional, mas a sua essência e o papel daqueles que a ela se submeterão: a sociedade.

Analisando-se a constituição de forma a integrar os sentidos básicos a ela conferidos, acaba-se por desembocar na “Teoria Tridimensional do Direito” de Miguel Reale³⁴, o qual propõe que o fenômeno jurídico é composto de três elementos, sendo eles: fato, valor e norma.

O fato é todo acontecimento social que acarrete transformações na comunidade. O valor seria o ideal de justiça a ser alcançado pelo direito e almejado pela sociedade, ou seja, o motivo de criação de determinada norma, ao passo que a norma é o direito efetivamente posto, de modo a estabelecer padrões de conduta a serem observados pela sociedade. Assim, define Paulo Nader³⁵, os elementos constitutivos do Direito de Miguel Reale.

³² Ibid.

³³ RUFFIA, *apud* NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

³⁴ REALE, *apud* NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁵ Id. loc. cit.

Silva³⁶ adota essa mesma linha de pensamento ao defender que o sentido jurídico de uma constituição não será alcançado se analisado isoladamente, tendo em vista que o seu substrato fático e axiológico é extraído da realidade social.

Canotilho³⁷ apresenta, porém, um conceito ideal de constituição pautado nos postulados político-liberais de Carl Schimdt, adotando como parâmetro a formação da constituição a partir dos seguintes elementos: sistema de garantias e liberdades, divisão de poderes como garantia orgânica para evitar o abuso de poderes e a existência de um documento representativo da constituição.

Diante de tais considerações, fica clara a dificuldade em se formar um conceito fechado de constituição, posto que cada sentido reflete uma análise diferenciada da dogmática constitucional. Adotar apenas um sentido seria incorrer no risco de auferir à constituição um conceito simplista, que não reflita o seu papel e função dentro de um ordenamento jurídico, pois não basta o conhecimento de que a constituição traduz a forma de organização de um Estado. É necessário entender o sentido, para que ela não seja vista somente como um conjunto de normas postas, destituída de sentido e história. Sendo que a consequência imediata seria a não legitimação pela sociedade.

2.2 Concepções formal e material das constituições

A concepção formal e material da constituição decorre da classificação das constituições encontradas em maior parte da doutrina no que se refere ao conteúdo da constituição. Sendo essas as duas concepções básicas nessa linha de classificação.

De início será analisada a constituição material que, segundo Silva, pode ser concebida em sentido amplo e sentido estrito. Em sentido amplo, a constituição material “identifica-se com a organização total do Estado”³⁸. Em sentido estrito, independentemente de ser escrita ou não, a constituição material regula a organização e estrutura do Estado, assim como sistematiza a tutela de direitos e

³⁶ Op. cit.

³⁷ Op. cit.

³⁸ Op. cit., p. 40.

garantias fundamentais. Nesse rumo, Bachof³⁹ enfatiza ainda que a constituição em sentido material representa aquelas normas essenciais à criação de um ordenamento jurídico-positivo integrador.

Bonavides⁴⁰ chama a atenção para que, do ponto de vista material, não há Estado sem constituição, tendo em vista que o seu conteúdo versa sobre a organização de um Estado organizado. Já Canotilho⁴¹ aponta ser essencial a observância de critérios caracterizadores da constituição material, que são o formal e o material.

Pelo formal é considerada constitucional qualquer norma criada por fontes constitucionais, sejam elas a constituição, as leis de revisão da constituição e as leis às quais foram conferidos valor constitucional. Nesse critério não há qualquer referência ao conteúdo da norma, mas somente o valor constitucional a ela conferido.

No critério material ou substancial, as normas constitucionais são aquelas cujo conteúdo trate dos elementos essenciais da organização do Estado, independentemente de ser fruto de uma fonte constitucional, elas remetem à “organização do poder político e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias”⁴².

A constituição formal é, na lição de Bonavides⁴³, representativa das normas inseridas na constituição, mas que em nada se relaciona aos elementos essenciais da organização do Estado. Tais normas possuem *status* de constitucionais apenas por estarem inscritas no documento solene que representa a constituição.

Em contrapartida, Silva⁴⁴ e Bulos⁴⁵, definem a constituição formal como o documento solene, que traduz as manifestações do órgão constituinte. Enquanto Canotilho, encerra o conceito de constituição formal como sendo o documento “criador das normas jurídicas hierarquicamente superiores”⁴⁶.

Esse documento solene reflete o que Canotilho⁴⁷ denominou de “constituição instrumental”, ante a necessidade, no constitucionalismo moderno, de que a

³⁹ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manoel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

⁴⁰ Op. cit.

⁴¹ Op. cit.

⁴² Id., p. 68.

⁴³ Op. cit.

⁴⁴ Op. cit.

⁴⁵ Op. cit.

⁴⁶ Op. cit., p. 67.

⁴⁷ Id., p. 65

constituição conste em um ou diversos textos escritos. A constituição instrumental tem como objetivos “efeito racionalizador, efeito esta-bilizante (*sic*), efeito de segurança jurídica e de calculabilidade, efeito de publicidade”⁴⁸.

Nesse sentido, uma constituição, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode conter normas constitucionais apenas sob o aspecto formal, visto que substancialmente não tratam da organização e estrutura do Estado, nem dos direitos e garantias fundamentais, adquirindo somente o *status* constitucional por estarem inscritas no documento que representa a constituição.

2.3 Teoria geral do controle de constitucionalidade

2.3.1 Rigidez e supremacia constitucional

Antes de adentrar no estudo do controle de constitucionalidade, faz-se necessário apresentar a definição da rigidez e supremacia constitucional, visto que são esses dois aspectos que fundamentam o instrumento jurídico de garantia da ordem jurídica constitucional, denominado de controle de constitucionalidade.

Como já visto anteriormente, a constituição é a norma fundamental de um ordenamento jurídico, gozando de superioridade em relação às demais normas jurídicas, posto que regula a forma de organização do Estado. Daí nasce a sua supremacia.

Nas lições de Cunha⁴⁹, a supremacia constitucional advém do poder que a concebeu, o poder constituinte originário. Desta feita, tal característica pressupõe a existência de uma lei fundamental que ocupa o topo do ordenamento jurídico, conferindo validade e legitimidade aos atos do governo, como entende Silva⁵⁰.

Segundo Bulos⁵¹, o princípio da rigidez constitucional funciona como garantia da estabilidade da constituição, permitindo somente alterações necessárias, resguardando, dessa forma, os direitos e garantias fundamentais nela estabelecidos. Esse princípio assegura a “defesa da ordem jurídica”.

⁴⁸ Ibid., p. 65.

⁴⁹ CUNHA Jr., Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

⁵⁰ Op. cit.

⁵¹ Op. cit., p. 125.

Bulos traz a existência de diversos graus de rigidez constitucional. O grau máximo, presente nas constituições super-rígidas, nas quais o procedimento de alteração da constituição é “rigorosíssimo”⁵². O grau médio, observável nas constituições rígidas, em que se busca conciliar as transformações sociais e a estabilidade da constituição. E o grau mínimo, próprio das constituições pouco rígidas, nas quais o procedimento para reforma do texto constitucional é mais brando do que aquele observado nas constituições super-rígidas e rígidas.

Ele alerta ainda que é salutar não confundir constituições pouco rígidas com flexíveis, pois nestas não há qualquer procedimento específico para alteração das normas constitucionais. Assim, tem-se que a rigidez constitucional pressupõe a existência de um processo diferenciado para a modificação da constituição do que o previsto para as demais normas que compõem o sistema jurídico de um Estado, como ensina Silva⁵³.

Bryce⁵⁴ ainda ressalta que a distinção entre constituição rígida e flexível se dá pela hierarquização das normas num dado ordenamento jurídico. Nas constituições flexíveis não há hierarquização de normas, dando-se a distinção entre leis constitucionais e infraconstitucionais apenas pelo conteúdo das normas, podendo as normas constitucionais serem alteradas pelo mesmo processo legislativo de criação das leis ordinárias. Sentido oposto tem aqueles ordenamentos jurídicos em que vigoram as constituições rígidas, visto que, o processo de modificação das normas constitucionais é mais rigoroso que aquele adotado para a criação de leis ordinárias. É no ordenamento jurídico escalonado que se encontra a dicotomia entre normas constitucionais e normas infra-constitucionais.

Canotilho⁵⁵ ressalta que a flexibilidade e rigidez constitucional adquirem importância quando se trata da estabilidade constitucional frente às mudanças e transformações que sofre uma sociedade no curso da sua história. Atenta o autor que para atender à flexibilidade e à rigidez constitucional deve haver uma simbiose entre essas duas dimensões, posto que a flexibilidade irá permitir que a constituição acompanhe a sociedade, enquanto a rigidez irá regular esse avanço, não permitindo que as alterações sociais modifiquem o que denominou de “identidade da

⁵² Ibid., p. 125.

⁵³ Op. cit.

⁵⁴ BRYCE, *apud* SILVA, op. cit.

⁵⁵ Op. cit., p. 148.

constituição”, que nada mais seria que o seu núcleo essencial, composto pelos preceitos e fundamentos que regem um Estado.

Enfatiza ainda que a rigidez constitucional não trata do processo de modificação da constituição, mas sim de “um limite absoluto”⁵⁶ imposto ao poder do Estado de revisão da lei fundamental, sendo o processo de modificação ou revisão da constituição um instrumento imposto pelo poder constituinte como garantia da preservação da rigidez constitucional.

Entendimento correlato tem Daniele⁵⁷ ao lecionar que a lei fundamental de um Estado deve se revestir de estabilidade, pois, só assim, será possível conceber a segurança jurídica e a eficácia da constituição, frente às constantes alterações legislativas ocorridas num ordenamento jurídico.

A estudiosa chama atenção ainda para o fato de que a estabilidade da constituição não significa imutabilidade. Para ser eficaz, a carta deve refletir os anseios sociais, acompanhando as mudanças e transformações sofridas no cenário social, político e cultural. Mas, ao mesmo tempo em que deve acompanhar as mudanças sociais, a constituição, enquanto lei fundamental, não pode sucumbir a todas essas transformações, deve ainda criar mecanismos próprios que garantam a sua estabilidade, evitando que o sistema constitucional fique subordinado a toda e qualquer mudança na realidade de uma dada sociedade.

De acordo com Silva⁵⁸, a supremacia se apresenta sob dois aspectos: material e formal. A supremacia material se verifica em toda e qualquer constituição, visto que reconhece apenas a existência de normas com conteúdo constitucionais, não fazendo qualquer distinção quanto ao procedimento para sua reforma ou revisão. Ao passo que a supremacia formal, presente somente nas constituições rígidas, revela a existência de uma distinção hierárquica entre as leis constitucionais e infraconstitucionais. Daí decorre a diferenciação de procedimentos para a alteração de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Complementando o raciocínio acima, Bulos⁵⁹ ensina que a supremacia formal é elemento essencial da rigidez constitucional, pois confere à norma constitucional o status de superioridade em relação às demais normas jurídicas. Noutro passo, a

⁵⁶ Ibid., p. 1123.

⁵⁷ DANIELE, Anna Luísa Walter de Santana. **Interpretação e mutação constitucional**. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: www.scirus.com. Acesso em: 27/08/2012.

⁵⁸ Op. cit.

⁵⁹ Op. cit., p. 130.

supremacia material decorre de uma “consciência constitucional”, em que se reconhece a eficácia da constituição, independentemente da existência de uma carta que lhe atribua tal valor. Aqui, simplesmente reconhece-se a constituição.

Ainda de acordo com Bulos⁶⁰, a supremacia formal e material sujeita-se à “força normativa da constituição”, que é quem confere eficácia ao texto constitucional. Segundo Hesse⁶¹, a força normativa da constituição está intimamente ligada à vontade da constituição, que é o elemento subjetivo da lei fundamental, expressado através dos “condicionantes naturais”, representativos dos elementos formadores da dinâmica social.

Assim, a rigidez e a supremacia constitucional visam resguardar a garantia da ordem jurídica instituída. Mas aliar a estabilidade à dinâmica social não é tarefa fácil, visto que as normas devem refletir a realidade social, sem permitir que essa realidade retire a essência da lei fundamental. Para atingir o equilíbrio entre transformações sociais e estabilidade constitucional, criou-se um instrumento que visa garantir esse equilíbrio, o controle de constitucionalidade.

Desta feita, tem-se que, como ensina Cunha⁶²:

E a supremacia da Constituição se justificaria, como bem salienta Maria Helena Diniz, para manter a estabilidade social, bem como a rigidez de seus preceitos, pressupondo a existência de meios de defesa encarregados da ‘guarda da Constituição’, o que se verifica através do controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos jurisdicionais.

2.3.2 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um sistema criado com vistas a garantir a supremacia constitucional para que esta não seja afetada com a produção de normas jurídicas que comprometam a ordem constitucional. Não obstante a garantia da ordem constitucional, o sistema de controle também age na preservação dos direitos e garantias fundamentais ao frear eventuais excessos e desvios de poder que possam atingir tais direitos, assevera Cunha⁶³.

⁶⁰ Ibid., p. 132.

⁶¹ HESSE, *apud* BULOS, p. 132.

⁶² Op. cit., p. 37.

⁶³ Id., loc. cit.

Em plena consonância com a supremacia e rigidez constitucional, o sistema de controle evidencia de forma clara a hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais, posto que estas devem ser produzidas em estrita adequação aos preceitos daquelas.

Bonavides⁶⁴ traz a essência dessa distinção:

O sistema das Constituições rígidas assenta uma distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela constituição mesma.

Desta feita, fica evidente a necessidade de um sistema que preserve a ordem constitucional instituída pelo poder originário. Tem-se, então, o controle de constitucionalidade, obra do poder constituinte originário.

Nas lições de Mendes *et alii*⁶⁵, a inconstitucionalidade de uma lei revela, em sua essência, o caráter obrigatório que reveste a observância das normas constitucionais. Afirma Kelsen⁶⁶ que uma constituição que não dispõe de um sistema apto a preservar a sua obrigatoriedade não é uma constituição. Logo, como afirma Bulos⁶⁷, a ideia de inconstitucionalidade pressupõe a existência de uma constituição rígida, dotada de supremacia formal. Quando essa supremacia é respeitada tem-se a constitucionalidade das leis, ocorrendo o inverso, tem-se a inconstitucionalidade.

No entanto, Bulos chama atenção para se averiguar a compatibilidade de uma norma constitucional com a constituição. Desta forma, faz-se necessária a existência de um parâmetro, o “bloco de constitucionalidade”⁶⁸, que nada mais é do que o conjunto de preceitos extraídos de uma constituição no que concerne às características da ordem constitucional. Esse bloco é formado pelos princípios explícitos e implícitos da lei fundamental.

Cunha⁶⁹ delimita a existência de pressupostos que justificam o sistema de controle de constitucionalidade, sendo eles: existência de uma constituição formal com normas e princípios estabelecidos, a compreensão de uma constituição como

⁶⁴ Op. cit., p. 307.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁶ KELSEN, *apud* BULOS, op. cit.

⁶⁷ Op. cit.

⁶⁸ KELSEN, *apud* BULOS, p. 174.

⁶⁹ Op. cit.

norma jurídica fundamental, dotada de rigidez e supremacia e a delimitação da competência dos órgãos para realizar o controle.

De acordo com Silva⁷⁰, a compatibilidade das normas inferiores com a constituição se traduz tanto com uma atuação positiva como omissa dos órgãos e poderes públicos. Partindo dessa premissa, a Constituição de 1988 reconheceu duas formas de inconstitucionalidade: por ação e por omissão.

Ainda conforme o estudioso, na inconstitucionalidade por ação, ocorre uma atuação comissiva dos poderes públicos em desconformidade com os preceitos e valores estabelecidos na constituição, desrespeitando assim, a compatibilidade vertical que deve existir entre as normas inferiores e a constituição. Essa inobservância pode ser analisada sob dois aspectos, formal e material. Pelo aspecto formal a produção de atos pelo Poder Público ocorre fora das regras estabelecidas pela constituição, a título do que ocorre com a apresentação de projeto de lei por agente que não tinha legitimidade para tanto. Já no aspecto material, o conteúdo da lei infraconstitucional atenta contra os princípios e valores estabelecidos na Carta Magna.

Na inconstitucionalidade por omissão⁷¹ o Poder Público deixa de cumprir um mandamento constitucional para a garantia dos direitos nela previstos. Como apresenta Barroso⁷², na inconstitucionalidade por omissão há uma verdadeira inércia dos poderes. Ele ressalta ainda que o não fazer não implica necessariamente uma omissão. Isso só vem a ocorrer quando a constituição determina uma atitude positiva por parte do Poder Público e este não cumpre. Configurando, segundo Mendes *et alii*⁷³, o descumprimento de uma obrigação constitucional.

Cunha⁷⁴ entende que o órgão competente para a realização do controle pode ter natureza política ou jurisdicional. O órgão político é um órgão estranho ao Poder Judiciário, situado fora dos seus limites. Enquanto que o órgão jurisdicional é integrante da estrutura do Poder Judiciário ou que tenha natureza jurisdicional.

Nesse sentido, Bonavides⁷⁵ acrescenta que ao atribuir a competência de verificação da compatibilidade das leis com a constituição a um órgão judiciário se

⁷⁰ Op. cit.

⁷¹ Id., loc. cit.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷³ Op. cit.

⁷⁴ Op. cit.

⁷⁵ Op. cit.

está, realmente, entregando a tutela do próprio Estado a esse órgão. O qual, na defesa dos interesses dos cidadãos, é o mais adequado para garantia dos valores expressos na Carta Maior, tendo em vista ser aquele que melhor se ajusta à natureza das constituições rígidas.

Defende Silva⁷⁶, ainda, a existência de um controle misto quanto à natureza do órgão responsável pelo controle. No controle misto há uma junção dos dois órgãos anteriormente citados, cabendo tanto ao político quanto ao judicial a verificação da inconstitucionalidade das leis.

Quanto ao órgão com competência para o controle, têm-se dois sistemas de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado. Entende Barroso⁷⁷ que no difuso o controle pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal. No concentrado, a verificação cabe a um órgão específico com competência para resguardar a ordem constitucional.

Referente ao modo de controle, este pode suceder por via principal ou incidental. Na via principal, segundo Barroso⁷⁸, o controle é exercido no bojo de uma ação direta, que tem como objeto o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. Em verdade não há lide, nem partes. O objeto da demanda é a retirada de uma lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Em outro prisma, na via incidental, a inconstitucionalidade da lei é arguida num caso concreto, como matéria de defesa. O objeto da lide não é declaração de inconstitucionalidade da lei, uma vez que esta última é usada como questão prejudicial à demanda, pleiteando-se a sua não aplicação no caso concreto.

A inconstitucionalidade de uma lei pode ser, ainda, de natureza formal ou material. Na formal, como afirma Mendes *et alii*⁷⁹, o vício se apresenta na formação do ato ante a inobservância do procedimento a ser adotado para a produção do ato, pelo Poder Público. Enquanto que na material o conteúdo do ato produzido contraria os preceitos defendidos pela constituição. Há então a violação de uma norma substantiva constitucional, como assere Barroso⁸⁰.

⁷⁶ Op. cit.

⁷⁷ Op. cit.

⁷⁸ Id. loc. cit.

⁷⁹ Op. cit.

⁸⁰ Op. cit., loc. cit.

Pode ser preventivo ou repressivo o momento do controle. Na lição de Barroso⁸¹, o preventivo manifesta-se antes de a lei entrar em vigor no ordenamento jurídico. No Brasil, esse controle pode ser feito pelo Poder Executivo, com o veto presidencial ou pelo Legislativo, pelas Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas. Enfatiza o autor, que se tem admitido ainda o controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário em sede de mandado de segurança impetrado perante o Supremo Tribunal Federal e apresentado por parlamentares quando o projeto de emenda constitucional afronta algumas das cláusulas pétreas previstas na constituição. No tocante ao controle repressivo, ele é realizado pelos órgãos do Poder Judiciário quando a lei já integra o ordenamento jurídico, que pode ser de forma difusa ou concentrada, por via incidental ou principal.

Bulos⁸² traz ainda outras formas de inconstitucionalidade, sendo elas: total ou parcial, direta ou indireta, originária ou superveniente. A inconstitucionalidade total é aquela que incide sobre todo o ato normativo, a exemplo do que ocorre com um ato proposto por agente que não tinha legitimidade para tanto. Na parcial, o vício está presente em uma ou algumas partes do ato normativo, não sendo necessário para tanto a retirada de todo o ato do ordenamento jurídico, mas somente aquela disposição que se mostra contrária aos ditames constitucionais.

A inconstitucionalidade direta sucede quando há ofensa a dispositivo expresso da constituição, ao passo que na indireta afeta-se o conteúdo implícito da constituição. Na realidade, a inconstitucionalidade indireta se reveste da direta, visto que os ditames implícitos da constituição encontram-se por trás de um preceito previsto expressamente.

A inconstitucionalidade originária pressupõe a existência de uma constituição em plena vigência, sendo o ato normativo produzido em desacordo com mandamentos dessa constituição. Já a superveniente mostra a produção de um ato anterior a uma ordem constitucional, ou seja, o ato é produzido para incorporar uma ordem constitucional ainda não constituída. Para Bulos, neste ponto, não se trata de aferição de inconstitucionalidade, pois ainda não há uma ordem constitucional dotada de supremacia. Toante a esse discurso, seria, então, caso de revogação, uma vez que a nova ordem constitucional é contrariada, sendo o ato incompatível

⁸¹ Ibid.

⁸² Op. cit.

com ela, e, portanto, não recepcionado pela nova ordem vigente. Entendimento correlato tem a Corte Constitucional Brasileira.

Havendo compatibilidade entre uma norma pré-existente à constituição, se por ela for recepcionada, tem-se o fenômeno da recepção que, na lição de Motta e Barchet⁸³ somente é possível se houver “compatibilidade material” com a nova ordem constitucional. Logo, para o fenômeno da recepção, a forma do ato normativo não impede a sua recepção pela nova ordem. Ou seja, a norma pode encerrar uma forma diferente da prescrita na constituição para as leis infraconstitucionais e por ela ser recepcionada, a exemplo do que ocorre com o Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei promulgado sob a vigência da Constituição de 1937, mas que fora recepcionado pela Constituição de 1988 com o *status* de lei ordinária. Enfatizam os autores que o ordenamento jurídico brasileiro não admite o fenômeno da “inconstitucionalidade formal superveniente”, ante a lógica já apresentada do instituto da recepção.

A par das considerações feitas acima acerca do controle de constitucionalidade, extrema importância tem a natureza da sentença que reconhece a inconstitucionalidade da lei, bem como a sanção sofrida por ela com esse reconhecimento.

Inicialmente a análise recairá sobre a natureza da sentença de reconhecimento da inconstitucionalidade. Silva⁸⁴ destaca que para isso a distinção da via do controle é indispensável. Ensina que se a sentença reconhece a inconstitucionalidade no bojo de um caso concreto, tem-se que sua natureza é meramente declaratória, afastando-se a aplicação da lei somente no caso concreto, posto que a suspensão da sua eficácia constitui ato condicionado à decretação, pelo Senado, da suspensão de sua executoriedade. Essa sentença, proferida numa lide concreta, produz efeitos *ex tunc*. No entanto, se a inconstitucionalidade for reconhecida também pelo Senado, os efeitos passam a ser *ex nunc*.

Já o caso de sentença proferida em via principal, numa ação genérica de declaração de inconstitucionalidade, tem natureza constitutiva, com eficácia *erga omnes*, vinculando todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas estatais.

⁸³ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 499.

⁸⁴ Op. cit.

Ressalta Silva que tem um rumo distinto quando se trata do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão. Aqui, reconhecida a incompatibilidade, o órgão omissor é cientificado para adotar as providências necessárias. Não se trata, portanto, de declarar a inconstitucionalidade, mas sim de reconhecer a não obediência pelo Poder Público de um mandamento constitucional. A sentença tem, nesse caso, duas naturezas: declaratória e mandamental. Ao mesmo tempo em que declara a inconstitucionalidade, expede uma ordem para que o Poder Público tenha uma atuação comissiva.

Constatada a inconstitucionalidade de um ato normativo, é necessário adotar as providências necessárias para preservar a garantia da ordem constitucional. Convencionalmente chamado de “sanção de inconstitucionalidade”, como apresenta Bulos⁸⁵.

Na visão do teórico existem dois sistemas de sanção de inconstitucionalidade, o regime de nulidade e o de anulabilidade. Adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o regime de nulidade acarreta no reconhecimento da inconstitucionalidade da lei mediante sentença declaratória, considerando o ato nulo desde a sua origem, ou seja, opera efeitos *ex tunc*.

Entendimento correlato tem Barroso⁸⁶ ao defender que “ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito”, pois convalidar uma lei incompatível com a ordem constitucional é violar a supremacia da lei fundamental. Assim, não se pode operar efeitos válidos decorrentes da vigência de uma lei inconstitucional, que, por um momento, presumiu-se constitucional.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal adota o sistema de nulidade de forma ponderada quanto aos efeitos da sentença declaratória, como apresenta Bulos⁸⁷, tendo em vista as inúmeras situações já constituídas com a vigência da lei posteriormente declarada inconstitucional.

No regime de anulabilidade⁸⁸, considera-se o ato normativo válido até que sobrevenha uma sentença, de natureza constitutiva, declarando a sua nulidade. Ou seja, os efeitos da sentença operam-se *ex nunc*. Esse é o regime defendido por Kelsen⁸⁹.

⁸⁵ Op. cit., p. 162.

⁸⁶ Op. cit., p. 37.

⁸⁷ Op. cit.

⁸⁸ Id., loc. cit.

⁸⁹ KELSEN, *apud* BULOS, op. cit.

Ante o exposto, tem-se a extrema importância do sistema de controle de constitucionalidade no presente estudo, de modo a saber, primordialmente, a sanção aplicada a uma lei declarada inconstitucional, assim como o regime adotado pelo Brasil.

2.4 Normas constitucionais de eficácia plena e normas constitucionais de eficácia contida

Tendo em vista que o objeto de estudo da presente pesquisa incorre em uma leitura analítica de normas infraconstitucionais e sua compatibilidade com alguns preceitos constitucionais, é oportuna uma breve apresentação da classificação das normas constitucionais da Carta Magna.

Para tanto, será tomada como referência a classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva⁹⁰, o qual dividiu as normas constitucionais em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. Apesar da existência de outras divisões, essa se mostra apta à finalidade que o estudo se destina, até mesmo porque a teoria do autor acerca do tema é pioneira no ordenamento jurídico brasileiro. Saliente-se que é a distribuição mais clássica e usual na doutrina brasileira. O presente adendo se aterá somente às normas constitucionais de eficácia plena e normas constitucionais de eficácia contida.

Ensina o autor que para uma norma ser considerada eficaz é preciso que contenha os elementos indispensáveis à sua aplicação no caso concreto. Na esteira desse diálogo apresenta que a norma constitucional plena é aquela que se apresenta completa no seu sentido, tornando dispensável a atividade do legislador infraconstitucional, pois, extrai-se da linguagem do seu texto que já regulou de forma completa o interesse ou situação jurídica ali tutelada.

Complementa ainda dizendo que a norma constitucional de eficácia plena permite saber, de forma exata, a conduta a ser seguida. Assim defende que essa norma “é completa e juridicamente dotada de plena eficácia”⁹¹ e apresenta claramente um rol de normas constitucionais de eficácia plena, dentre as quais estão as que contemplam proibições ou vedações.

⁹⁰ Op. cit.

⁹¹ Id., p. 99.

O autor define as normas constitucionais de eficácia plena como

sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.⁹²

Quanto à aplicabilidade, em decorrência da sua própria natureza, as normas constitucionais de eficácia plena têm aplicabilidade direta e imediata sobre os interesses nelas tutelados, logo, como apresentou o autor, são autoaplicáveis.

Em contrapartida, têm-se as normas constitucionais de eficácia contida que, apesar de também possuírem aplicabilidade direta e imediata, demandam uma intervenção do legislador infraconstitucional expressa no próprio dispositivo constitucional.

Desta feita, as normas constitucionais de eficácia contida

são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.⁹³

As normas constitucionais de eficácia contida são, via de regra, imperativas e destinam-se a limitar o poder estatal, pois consagram “direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas.”⁹⁴.

2.5 Teoria geral dos direitos e garantias fundamentais

A delimitação dos direitos e garantias fundamentais numa ordem jurídica revela o tipo de Estado que se quer instituir, ou seja, pautado no respeito aos indivíduos isoladamente e à sociedade. No Brasil, o Poder Constituinte Originário consignou no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil o propósito de “instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança”⁹⁵.

⁹² Ibid., p. 101.

⁹³ Ibid., p. 116.

⁹⁴ Ibid., loc. cit.

⁹⁵ MENDES *et alii*, p. 231.

Os direitos fundamentais, na lição de Silva⁹⁶, são “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”. Por serem fundamentais aos indivíduos, foram esses direitos consignados na lei maior de um Estado: a Constituição. Tem-se aqui um dos dois critérios formais dos direitos fundamentais defendidos por Carl Schimdt⁹⁷.

No primeiro critério formal são direitos e garantias fundamentais todos aqueles a quem a constituição conferiu esse *status*. O segundo critério formal denota a proteção constitucional desses direitos, pois, ao consigná-los na lei fundamental, foram-lhes conferidos maior segurança, posto que as normas constitucionais ou são imutáveis ou exigem a emenda constitucional como ato normativo para a sua mudança.

De acordo com Bulos⁹⁸, os direitos fundamentais possuem duas finalidades básicas: defesa e instrumentalização. Na primeira finalidade, os direitos fundamentais servem para garantir que o Estado não penetre na esfera individual da vida dos indivíduos, ao passo que na segunda finalidade, os direitos fundamentais são informadores da ordem jurídica, apresentando os princípios que regem a ordem constitucional.

Grande parte da doutrina apresenta os direitos fundamentais divididos em gerações, a exemplo de Bonavides, Bulos e Mendes *et alii*. Este último apresenta a primeira, segunda e terceira gerações; Bonavides apresenta mais uma geração, a quarta; e Bulos acrescenta a quinta e a sexta geração de direitos fundamentais.

Delimita Mendes *et alii*⁹⁹, que a primeira geração trata dos direitos individuais, de forma a garantir as liberdades individuais do homem a partir de uma abstenção do Estado para que este não interfira na esfera íntima dos indivíduos. Na segunda geração têm-se a defesa dos direitos sociais, que devem ser garantidos pelo Estado mediante uma atitude positiva, são os direitos à educação, saúde, trabalho, dentre outros. Ressaltam ainda os estudiosos que a segunda geração de direitos almeja alcançar o ideal de “justiça social”. Já na terceira geração, o objetivo principal é a defesa dos direitos difusos e coletivos, não sendo mais considerado o indivíduo isoladamente e sim a coletividade; são os direitos à paz, ao meio ambiente, dentre outros.

⁹⁶ Op. cit., p. 179.

⁹⁷ SCHIMDT, *apud* BULOS, op.cit.

⁹⁸ Op. cit.

⁹⁹ Op. cit., p. 234.

Ao apresentar a quarta geração, Bonavides¹⁰⁰ ensina que os direitos fundamentais a ela inerentes são a defesa da democracia, da informação e do pluralismo. A quinta e sexta gerações, trazida por Bulos¹⁰¹, correspondem, respectivamente, ao direito à paz e à quarta geração defendida por Bonavides. E defende Bulos que a quarta geração corresponde aos direitos dos povos, incluindo nesse rol os direitos à saúde, informática, biociências e demais aspectos ligados à engenharia genética.

Ultrapassada a divisão dos direitos e garantias fundamentais em gerações, é de suma importância apresentar as características inerentes a tais direitos, tal como delineadas por Silva¹⁰². A primeira delas é a historicidade, a qual revela a essência histórica das lutas sociais para o alcance desses direitos. Os direitos fundamentais não podem ser analisados nem estudados dissociados de um contexto histórico. A inalienabilidade revela a impossibilidade do titular dispor desses direitos. A imprescritibilidade traz que o titular não perde o direito pelo seu não exercício no decorrer do tempo. A última característica apresentada pelo autor é a irrenunciabilidade, que se traduz na ideia de que, mesmo não exercendo o direito, não se pode renunciá-lo.

Além das características apresentadas por Silva, Mendes *et alii*¹⁰³ acrescentam a constitucionalização, a vinculação dos Poderes Públicos e a aplicabilidade imediata. Pela constitucionalização, os direitos fundamentais são assegurados na medida em que o Estado se consagra. Na vinculação, os Poderes Públicos no exercício de suas funções devem sempre respeitar os preceitos contidos nos direitos fundamentais.

Já a aplicabilidade imediata está em consonância com o disposto expressamente na Constituição Federal do Brasil ao estatuir que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁰⁴.

Mendes *et alii*¹⁰⁵ entendem que essa aplicabilidade imediata não se refere a todas as normas de direitos fundamentais, posto que, algumas carecem de atividade legislativa, tendo em vista a sua baixa normatividade, ou seja, por si só, não

¹⁰⁰ Op. cit.

¹⁰¹ Op. cit.

¹⁰² Op. cit.

¹⁰³ Op. cit.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 180.

¹⁰⁵ Op. cit.

garantem a eficácia imediata ao exercício do direito nela consignado. Bastos¹⁰⁶ sustenta que para a norma gozar de aplicabilidade imediata deve ter os elementos mínimos necessários a lhe garantir eficácia, caso contrário, caberá ao legislador ordinário a tarefa de fornecer os elementos indispensáveis à aplicabilidade da norma.

Ainda com entendimento correlato ao apresentado acima, Silva¹⁰⁷ diz que a par da Carta Magna ter conferido aplicabilidade imediata às normas de direitos fundamentais, ela mesma condicionou a aplicabilidade de algumas normas à atividade posterior do legislador infraconstitucional. Na mesma linha de raciocínio, defende Bulos¹⁰⁸ que as normas definidoras de direitos fundamentais “têm aplicabilidade imediata se, e somente se, a Constituição Federal não exigir a feitura de leis para implementá-las.”

Ponto importante a ser tratado aqui é o caráter relativo e absoluto dos direitos e garantias fundamentais. Silva¹⁰⁹ defende que os direitos fundamentais absolutos são aqueles totalmente regulamentados pelo texto constitucional. Ao passo que são relativos os que dependem de regulamentação posterior do legislador infraconstitucional. Ainda nessa esteira de pensamento, Bulos¹¹⁰ acrescenta que os direitos fundamentais, via de regra, são relativos, uma vez que um direito não pode ser exercido em detrimento da defesa da ordem pública. Ressalta ainda a existência de direitos e garantias fundamentais que, pela sua própria natureza, possuem caráter absoluto, pois tem o condão de evitar que condutas ilícitas do Estado sejam legitimadas, como bem citou o exemplo da proibição de tortura, direito que deve ser exercido de forma absoluta, sem nenhuma restrição, por vedação constitucional expressa.

Pelo seu caráter relativo, os direitos e garantias fundamentais podem sofrer algumas restrições no seu âmbito de proteção. Defende Alexy que qualquer restrição a direito fundamental somente pode ser vista como tal se for compatível com a constituição. “Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito

¹⁰⁶ BASTOS, *apud* BULOS, op. cit.

¹⁰⁷ Op. cit.

¹⁰⁸ Op. cit.p. 529.

¹⁰⁹ Op. cit., loc. cit.

¹¹⁰ Op. cit., loc. cit.

fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição”¹¹¹.

Apresenta ainda dois tipos de restrições a direitos e garantias fundamentais, as diretamente e as indiretamente constitucionais. O primeiro tipo vem consignada na própria lei fundamental e o segundo tipo advém das normas infraconstitucionais cuja atribuição fora conferida pela constituição. Ou seja, independente do tipo de restrição, esta deve estar compatível com a prescrição constitucional.

Denota ainda Alexy¹¹² que para as restrições indiretamente constitucionais tem-se que observar as cláusulas de reserva explícitas, que nada mais são do que as próprias disposições constitucionais para o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, ou seja, são as normas que autorizam a restrição.

As reservas se dividem em simples e qualificadas. Na simples garante-se a competência para o estabelecimento de restrições e a qualificada especifica o conteúdo da restrição. Enquanto a primeira trata do aspecto procedimental, dispondo a possibilidade da restrição, a segunda visa proteger o núcleo essencial do direito assegurado, impondo que o legislador se utilize da proporcionalidade ao estabelecer a restrição. Na realidade, elas funcionam como um limite às restrições aos direitos fundamentais, de forma a evitar qualquer atividade arbitrária do Estado.

Um tópico importante a ser observado é que na Constituição há normas que trazem como objeto um bem específico a ser protegido, mas também há aquelas com a função de limitar o poder para garantir a proteção desses bens. São as normas garantias ou garantias fundamentais, segundo Mendes *et alii*¹¹³.

Ruy Barbosa, dentre os doutrinadores brasileiros, foi quem chamou a atenção para a necessidade da distinção entre direitos e garantias. Nas lições do autor:

uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, como declaração do direito.¹¹⁴

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

¹¹² Id., loc. cit.

¹¹³ Op. cit.

¹¹⁴ BARBOSA, *apud* SILVA, op. cit., p. 186.

Assim, como delimita Bonavides¹¹⁵, as garantias podem ser da própria constituição para a manutenção da ordem constitucional (acepção lata) ou dos direitos subjetivos nela consubstanciados criando remédios jurisdicionais aptos a proteger tais direitos (acepção restrita). Tem-se aqui as finalidades dos direitos fundamentais apresentadas por Bulos, já citadas anteriormente.

As garantias constitucionais podem ser divididas ainda em dois grupos, como apresenta Silva¹¹⁶: garantias gerais e garantias constitucionais. Aquelas se propõem a assegurar a existência e eficácia dos direitos fundamentais. Enquanto estas são os mecanismos instituídos pela própria constituição para garantir o respeito aos direitos fundamentais. Dividem-se ainda em constitucionais gerais e constitucionais especiais.

As garantias constitucionais gerais visam impor limites ao Estado para que não se viole os direitos fundamentais dos cidadãos. Noutra parte, as especiais estatuem mecanismos que limitam a atuação do Estado e dos particulares com vistas a garantir a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Bulos¹¹⁷ classifica também as garantias constitucionais em garantias fundamentais gerais e específicas. Nas lições do autor, as fundamentais gerais proíbem o uso arbitrário do poder que visem violar os direitos fundamentais dentre os quais se encontra o princípio da legalidade, objeto do próximo capítulo. E as fundamentais específicas fornecem mecanismos para que os cidadãos exerçam suas prerrogativas.

Diante do exposto, é notória a importância da preservação dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica, sendo essa importância reconhecida pela própria Constituição brasileira que, ao estabelecer direitos, previu ainda as garantias indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais, limitando os poderes estatais para coibir eventuais abusos no tocante às restrições passíveis de serem aplicadas a esses direitos.

¹¹⁵ Op. cit..

¹¹⁶ Op. cit.

¹¹⁷ Op. cit.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

3.1 Fontes do Direito Penal

As fontes do Direito Penal são, nas lições de Bittencourt¹¹⁸, “todas as formas ou modalidades por meio das quais são criadas, modificadas ou aperfeiçoadas as normas de um ordenamento jurídico”. Desta feita, percebe-se que as fontes do Direito constituem a forma de exteriorização da norma jurídica.

Assevera ainda o autor que na classificação mais usual das fontes do Direito Penal, tem-se a distinção em fontes materiais e fontes formais. As formais são as fontes de produção, da onde se origina o Direito, ao passo que as materiais são fontes de conhecimento, por meio das quais se exteriorizam as normas jurídicas. Complementando o raciocínio acima, Capez¹¹⁹ aduz ainda que a fonte material ou de produção trata do órgão competente para a elaboração da lei penal.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, a fonte material única é o Estado, neste caso, representado pela União, a quem cabe a competência de legislar sobre matéria penal, posto que, como assere Grecco¹²⁰, a Constituição da República Federativa do Brasil atribuiu competência privativa à União para legislar sobre matéria penal, conforme art. 22, I da Carta Magna¹²¹. Logo, ressalta o autor, somente à União, representada pelo Poder Legislativo Federal, cabe a tarefa de ditar normas gerais de direito penal, assim como de criar, modificar ou extinguir tipos penais e suas respectivas penas.

No entendimento de Bittencourt¹²², as fontes formais dividem-se em imediatas e mediatas. Fonte imediata é a lei, ao passo que as mediatas são os costumes, jurisprudência, doutrina e princípios gerais do direito. No presente trabalho o estudo versará somente sobre a lei (fonte imediata) e os costumes (fonte mediata), visto serem as fontes quem têm maior importância no estudo do princípio da legalidade.

Ensina Capez¹²³ que a fonte formal imediata é a lei, entendida como regra escrita elaborada pelo legislador com a “finalidade de tornar expresso o

¹¹⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev. simpl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

¹¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v.

¹²⁰ Op. cit.

¹²¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

¹²² Op. cit., loc. cit.

¹²³ Op. cit., p. 48.

comportamento considerado indesejável e perigoso para a coletividade”. Desta feita, cabe ao legislador descrever a conduta proibitiva com detalhes, associando a essa conduta uma pena.

Nesse sentido, para Bittencourt¹²⁴ a lei, em seu sentido formal, é fonte “por excelência” do Direito Penal. Portanto, só a lei, emanada do Poder Legislativo Federal, órgão com competência para legislar em matéria penal, mediante a observância do procedimento estabelecido constitucionalmente para a criação de leis, é considerada fonte formal da matéria penal. Com isso, ressalta o estudioso, estão excluídos os decretos, regulamentos, medidas provisórias, resoluções ou portarias do conceito de lei formal e, conseqüentemente, não são considerados fontes formais do Direito Penal.

Expõe Capez¹²⁵ que o ordenamento penal brasileiro adotou a teoria do tipo penal de Binding, que consiste na técnica de descrição da conduta proibida (preceito primário) e a atribuição da respectiva pena (preceito secundário). Dessa forma, a lei penal está dividida em duas partes. Com a adoção dessa teoria, tem-se que à lei penal não cabe proibir a conduta, mas apenas descrevê-la, ficando à norma penal a função de proibir condutas. Entendendo-se aqui como norma o mandamento extraído da coletividade do que venha a ser senso de justiça.

Apresentado um breve estudo da lei, cabe agora a análise dos costumes, fonte formal mediata do direito penal. Conforme definição apresentada por Gomes¹²⁶, consiste em “normas de comportamento que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante (requisito objetivo), com a convicção de sua obrigatoriedade jurídica (requisito subjetivo)”. Nesse rumo, Bittencourt¹²⁷ entende que para o costume ser visto como princípio consuetudinário, imprescindível é a presença do elemento subjetivo, pois é ele que representa “a convicção da necessidade jurídica” do costume.

Os costumes possuem três aspectos distintos: *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. O primeiro é o costume que está em consonância com a lei, trazendo regras acerca da aplicação da lei penal; o segundo tem função integrativa, de forma a suprir lacunas na lei e delimitar conteúdos de normas que dependam de um conceito social; e no terceiro é o costume que reflete regra de conduta contrária

¹²⁴ Op. cit., p. 180.

¹²⁵ Op. cit.

¹²⁶ Op. cit.

¹²⁷ Op. cit., p. 180.

à lei, com o condão de retirar-lhe a eficácia. Este não é admitido no direito brasileiro, posto que somente uma lei pode revogar outra, conforme dispõe a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro¹²⁸.

Como alerta Bittencourt¹²⁹, as normas tipicamente penais não podem ser construídas a partir dos costumes, como também, estes não podem servir de elemento integrador das leis penais, suprimindo omissões. A importância dos costumes reside no seu uso como elemento de interpretação, possibilitando a definição de termos utilizados na norma penal, mas que cujo conceito deve ser extraído dos valores sociais.

Apresenta ainda outra forma de utilização dos costumes admitida no direito penal, a de função subsidiária da lei penal, observada quando a norma penal se referir a norma de outro ramo do direito que tenha o costume como fonte.

Nesse sentido, aduz que os costumes *secundum legem e praeter legem* têm sua validade reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, pois dão suporte à lei penal, na medida em que buscam adequar as normas às concepções sociais sem, no entanto, intervir na função exclusiva da lei de criar ou agravar normas penais incriminadoras.

3.2 Interpretação extensiva e analogia

A atividade interpretativa, ressalta Capez¹³⁰, consiste em retirar da norma o seu significado e alcance, com a finalidade de atingir a real vontade da lei. Nessa linha de pensamento Bittencourt¹³¹ enfatiza ainda que a atividade de interpretar funda-se no próprio caráter genérico da lei, posto ser impossível para o legislador, no desenvolvimento de suas funções, prever todas as situações que ensejarão a necessidade de regulamentação.

Diz Bittencourt¹³² que a interpretação é uma atividade inerente ao aplicador do direito, por mais clara e objetiva que seja a lei, esta sempre será objeto de

¹²⁸ Cf. BITTENCOURT, op. cit.; CAPEZ, op. cit.

¹²⁹ Op. cit.

¹³⁰ Op. cit.

¹³¹ Op. cit., loc. cit.

¹³² Ibid., p. 186.

interpretação, como bem ressalta o autor, “a simples afirmação de que a lei é clara já implica uma interpretação”.

O teórico complementa ainda dizendo que, para atingir a sua finalidade, a interpretação deve estar em consonância com o ordenamento jurídico em que está inserida. Da mesma forma com o contexto político, histórico e cultural da sociedade, respeitando a concepção de Estado adotada, no caso do Brasil, o Estado Democrático de Direito, ressaltando que:

O processo interpretativo deve expressar com clareza e objetividade o verdadeiro sentido e o alcance mais preciso da norma legal, considerando todas as suas relações e conexões dentro de um contexto jurídico e político social.¹³³

As regras interpretativas no Direito Penal são as mesmas atinentes às regras jurídicas gerais, tendo somente um aspecto peculiar, qual seja, não pode ultrapassar os limites impostos pelo princípio da legalidade.¹³⁴

Apresentam Capez¹³⁵, Bittencourt¹³⁶ e Grecco¹³⁷ que existem diversas espécies de interpretação das leis, dentre elas, quanto ao sujeito que as elabora, aos meios empregados e ao resultado. No presente capítulo será enfatizada a interpretação quanto aos resultados, principalmente a interpretação extensiva, tendo em vista o objeto de estudo.

Quanto ao resultado, a interpretação pode ser declarativa, restritiva ou extensiva. Apresenta Gomes¹³⁸ que a interpretação declarativa “ocorre quando o significado ou sentido da lei corresponde exatamente à sua literalidade”, ou seja, o texto escrito e o seu sentido estão em sincronia. Aqui, enfatiza Bittencourt¹³⁹, o sentido e alcance da lei não sofrem alterações com a interpretação.

A interpretação restritiva ocorre quando o texto legal foi além da vontade da lei, sendo necessário, portanto, restringir o seu alcance e sentido. Já na interpretação extensiva, ocorre o contrário, a lei ficou aquém da sua vontade, devendo o interprete ampliar o seu alcance e sentido.¹⁴⁰ Entende Gomes¹⁴¹ que a

¹³³ Ibid., p. 184.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Op. cit.

¹³⁶ Op. cit.

¹³⁷ Op. cit.

¹³⁸ Op. cit., p. 75.

¹³⁹ Op. cit., loc. cit.

¹⁴⁰ CAPEZ, op. cit.

¹⁴¹ Op. cit., p. 26.

interpretação extensiva em matéria de direito penal é algo excepcional, somente sendo cabível quando a situação se ajusta perfeitamente ao sentido que a lei quis alcançar.

Apresentadas de forma breve as espécies de interpretação quanto ao resultado, faz-se importante agora o estudo da analogia, instituto este atrelado ao da interpretação, mas que com ela não se confunde.

Nas lições de Capez¹⁴² a analogia é um método de autointegração da lei, consistente na aplicação, ao caso concreto, de norma que regula um caso semelhante. Há, propriamente, uma lacuna na lei, necessitando o aplicador do direito recorrer à disposição já existente no ordenamento jurídico que se assemelhe ao caso cuja regulamentação inexistente. Aduz o autor que o fundamento da analogia está no brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*, cuja tradução revela a essência da analogia “onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”¹⁴³.

Entendimento correlato adota Bittencourt¹⁴⁴ ao defender que a função da analogia é integrativa, buscando suprir as lacunas existentes no texto legal, ante a impossibilidade do legislador de regular todas as situações fáticas passíveis de ocorrer na vida em sociedade. Sendo assim, não há obscuridade ou incerteza no texto legal, em verdade, este inexistente.

A analogia pode ser de duas espécies, *in bona partem* e *in malam partem*. Na primeira a aplicação se dá em favor do agente, ao passo que na segunda, em seu prejuízo. Capez¹⁴⁵ defende a vedação do uso da analogia *in malam partem* no ordenamento penal brasileiro, em virtude do princípio da reserva legal, cujos fundamentos serão apresentados adiante.

De suma importância no estudo da interpretação das leis e da analogia é a distinção existente entre analogia, interpretação extensiva e interpretação analógica. A distinção básica, conforme sustenta Gomes¹⁴⁶, está na existência ou não de norma regulando o caso concreto.

Na analogia inexistente tal norma, recorrendo o aplicador a uma regra aplicável a casos semelhantes. Na interpretação extensiva e analógica há uma regra de conduta expressa para o caso concreto. Sendo que na extensiva o uso da

¹⁴² Op. cit.

¹⁴³ Ibid., p. 54.

¹⁴⁴ Op. cit.

¹⁴⁵ Op. cit.

¹⁴⁶ Op. cit.

interpretação é necessário pelo fato de a lei não refletir o seu real alcance e significado. Já na analógica é apresentada ao interprete, pelo legislador, uma fórmula genérica que traz uma sequência casuística a ser seguida de acordo com os elementos anteriormente apresentados. Enfatiza ainda que na interpretação extensiva e analógica os limites se encontram dentro do sentido da lei, atendendo à função da atividade interpretativa, bem como fazendo uso dos instrumentos inerentes a essa atividade.

Complementa Bittencourt¹⁴⁷ que “a finalidade da interpretação é encontrar a ‘vontade’ da lei, ao passo que o objetivo da analogia, contrariamente, é suprir essa ‘vontade’”. Ele postula ainda que a interpretação analógica é uma espécie de interpretação extensiva através da qual a lei determina que o intérprete amplie o seu alcance, com vistas a integrar o preceito normativo dentro da própria norma e, para tanto, dá os parâmetros para que o alcance e sentido da lei sejam atingidos.

Nessa linha de raciocínio, Mir Puig¹⁴⁸ apresenta a essência da distinção:

Enquanto a interpretação é a busca de um sentido do texto legal que se encontra dentro do seu ‘sentido literal possível’, a analogia significa a aplicação da lei penal a uma hipótese não compreendida em nenhum dos sentidos possíveis de sua literalidade, mas que análoga a outros que estão compreendidos no texto legal.

3.4 O princípio da legalidade

O princípio da legalidade, apesar da divergência encontrada na doutrina, teve seu marco inicial de existência, segundo Dotti, na Magna Carta Libertatum inglesa do Rei João Sem-Terra, datada de 15 de junho de 1215, que, em seu art. 39, já esboçava a defesa das garantias e liberdades individuais, ao dispor:

¹⁴⁷ Op. cit., p. 195.

¹⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 91.

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.¹⁴⁹

Apesar de claramente expresso na referida Carta como uma garantia, o princípio da legalidade naquela época não visava a defesa dos cidadãos, mas tão somente das pessoas mais abastadas da sociedade inglesa, como ressalta o autor. Segundo Capez¹⁵⁰, na linha histórica do desenvolvimento do princípio foi constatada a sua existência na Constituição germânica de 1532. A par da presença em algumas declarações de direitos, como nos Estados federados americanos da Virgínia e Maryland, no Código Penal austríaco de José II, nas Cortes de Leão de 1816 e nas Cortes de Valladolid de 1219¹⁵¹, o princípio começou a ganhar força quando foi impulsionado pela Teoria do Contrato Social de Rousseau de 1762, fazendo a defesa que o cidadão só deve aceitar abdicar um pouco da sua esfera de liberdade mediante o estabelecimento de um pacto social em que o Estado oferecesse a ele garantias mínimas de não ter a sua liberdade cerceada e não sofrer punições salvo nos casos expressos em lei¹⁵².

No ano de 1764, influenciado pelas ideias de Rousseau, o marquês de Beccaria¹⁵³, na obra intitulada **Dos delitos e das penas**, defendeu a ideia de que somente a lei pode definir delitos e estabelecer penas, cabendo tal função ao legislador, que sendo o representante legítimo da vontade do povo, representa a união da sociedade pelo contrato social.

Ainda apresenta o autor que para a convivência em sociedade é essencial que cada um abdique de uma parcela das suas liberdades para que os cidadãos possam gozar do resto com segurança. Essas parcelas de liberdade seriam colocadas num “depósito” que teria como guardião o soberano do povo. Mas a criação do depósito, por si só, atesta o autor, não seria suficiente, pois a natureza

¹⁴⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 133.

¹⁵⁰ Op. cit.

¹⁵¹ FIGUEIREDO, Alex Nunes. **O estado e a aplicação de atos legislativos contrários ao princípio da reserva da lei penal**. 2003. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho, São Paulo, 2002.

¹⁵² Cf. FIGUEIREDO, op. cit., loc. cit.; CAPEZ, op. cit.

¹⁵³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 19.

humana tende a querer usurpar as parcelas de liberdade dos outros cidadãos. Para evitar a usurpação necessário se faz a criação de instrumentos aptos a impedir que isto ocorra. Os instrumentos são as penas. Nasce aí, então, o direito de punir do Estado, que tem como fundamento a reunião das parcelas de liberdade abdicadas pelo povo.

Assim, Beccaria traduziu de forma clara e objetiva a essência atual do princípio da legalidade, ao dizer:

A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. [...] A segunda consequência é a de que o soberano, representando a própria sociedade, apenas pode fazer leis gerais, às quais todos devem obediência; não é da sua competência, contudo, julgar se alguém violou tais leis.¹⁵⁴

A formulação latina do brocardo *nullum crimen, nulla poena siene lege*, que expressa o princípio da legalidade, foi obra de Anselm Von Feuerbach, na obra denominada **Tratado de Direito Penal**, de 1801, no qual defendeu a tese da pena como coação psicológica, pois, ao preceder a atitude delitiva, a lei, estabelecendo a pena, cumpre sua função de prevenção, ou seja, de “inibidora do impulso delitivo”¹⁵⁵.

Com as formulações trazidas por Beccaria e Feuerbach, juntamente com a influência do Iluminismo, no final do século XVIII, o princípio ganhou a roupagem que possui hoje, a de garantia da segurança jurídica e limite à arbitrariedade do poder estatal¹⁵⁶.

Com a Revolução Francesa, o princípio ficou consagrado, constando expressamente na Declaração dos Direitos do Homem de 1798. Na atualidade, o princípio ganhou status mundial, encontrando-se positivado nas constituições dos países que adotam a concepção do Estado de Direito, como também em documentos internacionais, a exemplo da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Ibid., p. 20.

¹⁵⁵ BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

¹⁵⁶ CAPEZ, op. cit.

¹⁵⁷ FIGUEIREDO, op. cit.

No Brasil, a garantia derivada do princípio da legalidade está presente no ordenamento jurídico desde a Constituição do Império, sendo expressamente previsto em todos os Códigos Penais brasileiros e, no Código Penal de 1940, a partir da reforma de 1984, com os ditames que serão agora analisados¹⁵⁸.

Antes de adentrar em especificidades acerca do princípio em estudo, é necessário tecer algumas considerações acerca da garantia da legalidade e sua relação com o Estado de direito.

Mir Puig¹⁵⁹ atesta que o sentido subjetivo do Direito Penal trata da faculdade punitiva do Estado, o *ius puniendi*. Esse direito de punir funda-se em várias concepções políticas, mas que, para o estudo do princípio da legalidade, assim como dos limites ao *ius puniendi*, basta o entendimento da concepção de Estado social e democrático de direito.

O Estado de direito obriga a observância dos preceitos legais para o exercício do *ius puniendi* pelo Estado, encontra-se então aqui os limites impostos pelo princípio da legalidade. O Estado social traz a legitimação da função de prevenção do direito penal para a defesa e proteção da coletividade, nessa esteira o limite gira em torno da necessidade da intervenção penal. Já pela concepção do Estado democrático, o direito penal existe para servir ao cidadão, tendo como limites o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da participação do cidadão.

Por outro panorama, mas complementando as ideias acima expostas, Jakobs¹⁶⁰ apresenta que o princípio da legalidade, em sua ligação com os princípios democráticos, se reveste de importância na medida em que as sanções penais necessitam de uma legitimação direta da democracia e, nessa análise, denotam uma conexão com a forma de Estado. Ressalta ainda que essa legitimação não interfere na vedação da retroatividade dos fatos puníveis, na quantidade de pena, nem na vedação de criação de leis vagas ou de condições de punibilidade, visto que tais elementos não revelam a essência da democracia.

Denota ainda que alguns buscam o fundamento do princípio da legalidade no princípio da confiança, elemento essencial do Estado de Direito, que retrata a liberdade de o cidadão poder agir livremente sem que o seu comportamento resulte,

¹⁵⁸ Ibid., loc. cit.

¹⁵⁹ Op. cit.

¹⁶⁰ JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rio, 2009.

posteriormente, em um fato definido como injusto. Mas o princípio da confiança, por si só, aduz o autor, não é apto a sustentar o princípio da legalidade, pois a confiança que protege o cidadão é aquela baseada no conhecimento de que o seu comportamento lícito não será considerado, a posterior, injusto, logo, a proteção da confiança não abarca o comportamento ilícito apresentado pelo agente, que se submeterá às punições cominadas quando da prática do ato contrário ao Direito.

O princípio da legalidade, como bem denotam Capez e Figueiredo¹⁶¹, deve ser analisado sob três aspectos distintos, a saber: histórico, jurídico e político. O aspecto histórico trata do surgimento do princípio e do seu desenvolvimento até o alcance do paradigma que se tem hoje. Análise esta feita anteriormente. O jurídico denota que o crime só existirá quando houver correspondência entre a conduta praticada e a descrita no preceito legal, assim, o agente tem prévio conhecimento das consequências da sua atitude delitiva.

No aspecto político, o princípio denota a garantia prevista constitucionalmente de que somente a lei pode definir crimes e estabelecer sanções. É nesse aspecto que o princípio assume *status* de limite imposto ao poder punitivo estatal.

Alguns autores, a exemplo de Capez, Nucci e Bittencourt, defendem que o princípio presente no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal¹⁶² e art. 1º do Código Penal¹⁶³, denotam em seu bojo a existência de dois outros princípios, o da anterioridade e da reserva legal.

A anterioridade, apresenta Nucci¹⁶⁴, exige que a lei tenha existência previa ao cometimento do fato delituoso, ou seja, conforme retrata Jakobs¹⁶⁵, a legalidade funciona ainda como garantia da objetividade de que o fato punível e a quantidade de pena não sejam definidos a partir de fatos já ocorridos e ainda não julgados nem contra agentes já conhecidos, mas sim “antecipadamente de forma geralmente válida, mais precisamente por meio de uma lei promulgada e definida anteriormente ao fato”.

Assim, como esboçou de forma clara Noronha¹⁶⁶, é uma questão de tipicidade, pois, não há crime quando inexistente a subsunção de uma conduta do agente ao tipo descrito na norma penal. Logo, “não há delito sem tipicidade”. Mas

¹⁶¹ Cf. CAPEZ, op. cit.; FIGUEIREDO, op. cit.

¹⁶² Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹⁶³ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹⁶⁴ Op. cit.

¹⁶⁵ Op. cit., p. 106.

¹⁶⁶ Op. cit., p. 68.

apresenta ainda o autor que as garantias decorrentes do princípio da legalidade vão além da adequação típica, garantias essas expressas nos brocados *nulla poena sine iudicio* e *nemo iudex sine lege*. A primeira segue a mesma linha de pensamento apresentado por Jakobs, conforme traçado no parágrafo anterior, qual seja, a garantia de objetividade como limite ao legislador. A segunda trata do agente competente para aplicar a lei penal, no caso os juízes e tribunais a quem foram outorgados a jurisdição penal, também prévia ao cometimento do fato delituoso.

Já a reserva legal, como defende Toledo¹⁶⁷, apesar de não distinguir os princípios presentes na legalidade, revela que a criação dos tipos penais e suas penas constituem matéria afeta exclusivamente à lei, como fonte imediata do direito penal, de acordo com o conceito apresentado anteriormente.

Bittencourt¹⁶⁸ afirma ser na reserva legal que o princípio da legalidade se constitui como limite imposto ao poder estatal de que nenhum cidadão do povo será punido, senão pelas condutas descritas na lei, elaborada pelo representante legítimo do povo.

Gomes¹⁶⁹ apresenta que a legalidade e o princípio da reserva legal são conceitos distintos que tratam, respectivamente, da atuação estatal dentro dos limites estabelecidos pela lei e da necessidade de que algumas matérias sejam reguladas por lei formal. A distinção revela os limites estabelecidos para a criação e aplicação da lei penal.

Capez¹⁷⁰ ressalta ainda que na reserva legal há uma reserva absoluta de lei de que a Constituição atribuiu somente à lei, em sua concepção formal e emanada do Poder Legislativo, o poder de criar normas penais incriminadoras. Assim, assevera Gomes¹⁷¹, estão excluídos os atos que não emanem do Poder Legislativo quando o assunto é definir crimes e estabelecer ou agravar penas. Desta feita, as medidas provisórias, leis delegadas, decretos legislativos, regulamentos, portarias, etc. não englobam o conceito de lei em sentido formal, logo, a definição de crimes e suas respectivas penas realizadas em tais instrumentos normativos ferem o princípio da legalidade.

¹⁶⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁶⁸ Op. cit.

¹⁶⁹ Op. cit.

¹⁷⁰ Op. cit.

¹⁷¹ Ibid., loc. cit.

Nesse panorama da distinção da legalidade em dois subprincípios, o da anterioridade e da reserva legal, Hungria¹⁷², apresenta de forma objetiva a essência da legalidade, que denota os elementos constantes no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal:

Se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a *parcte objecti* e a *parcte subjecti*, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da ilicitude jurídico penal.

Num rumo diferente, Ferrajoli¹⁷³ apresenta o princípio da legalidade com base em dois princípios, ou garantias, distintos, a saber, mera legalidade e estrita legalidade. O primeiro prega que somente à lei cabe definir os delitos, logo, o juiz, destinatário desse princípio, deve a ela se sujeitar, não podendo considerar delito e, conseqüentemente, impor pena, a fatos nela não descritos como tal. O segundo trata da reserva absoluta de lei, ou seja, somente à lei cabe prever os delitos, não sendo possível tal definição por outras fontes do direito penal que não a lei. Esse tem como destinatário o legislador, a quem cabe a função de definir os crimes de forma taxativa, apresentando os elementos essenciais à sua identificação e, acima de tudo, aptos a refletirem o significado da norma que ensejou a descrição da conduta.

Ultrapassada a apresentação dos elementos constitutivos do princípio da legalidade, cabe agora discorrer sobre as garantias dele decorrentes. Assim, vale iniciar dizendo, conforme relata Mir Puig¹⁷⁴, que além de preservar a segurança jurídica, o princípio da legalidade constitui verdadeira garantia de que nenhum cidadão será submetido a penas não aprovadas pelo povo. Ressalta ainda que o estudo das garantias oriundas do princípio da legalidade tem duas vertentes que tratam dos aspectos do princípio da legalidade e dos requisitos da norma jurídica com base nessas garantias.

A primeira vertente, aspectos do princípio da legalidade, nos traz um rol de garantias a serem observadas pelo Direito Penal, a saber, a garantia criminal que traz a exigência de que o crime esteja delimitado em lei; a garantia penal exigindo a atribuição de uma pena ao delito; a garantia jurisdicional denotando a necessidade

¹⁷² Op. cit., p. 22.

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁷⁴ Op. cit., p. 89.

de uma sentença judicial que delimite a “existência do delito e a imposição de pena”, mediante a observância de um procedimento legal e a garantia de execução requerendo a existência de uma lei regulamentando a execução da pena imposta pelo Estado.

A segunda vertente traz os requisitos necessários à norma jurídica de modo a preservar as garantias acima apresentadas. São os requisitos a *lex praevia*, *lex scripta* e *lex stricta*.

Bacigalupo¹⁷⁵ aduz que o conteúdo abarcado pelas proibições depende do fundamento dado ao princípio da legalidade e, para tanto, existem três teorias. A primeira adota que o princípio da legalidade é uma derivação do princípio da culpabilidade, pois este, ao exigir que o agente conheça ou ao menos possa conhecer a norma transgredida, indispensável se faz a descrição do fato pela lei. A segunda teoria adota o princípio da legalidade como consequência do princípio democrático, traduzindo a ideia de que a lei preexistente é pressuposto para a intervenção estatal dos agentes públicos que não possuem “legitimidade democrática direta” nos direitos fundamentais dos cidadãos. A terceira, adotada pelo Tribunal Constitucional da Espanha, defende que

o princípio da legalidade penal é essencialmente uma concreção de diversos aspectos do Estado de direito [...] vincula-se, antes de mais nada, com o império da lei como pressuposto de atuação do Estado sobre bens jurídicos dos cidadãos, mas também com o direito dos cidadãos à segurança [...] assim como com a proibição da arbitrariedade e o direito à objetividade e imparcialidade do julgamento dos tribunais [...] especialmente quando este declara que os juízes e magistrados estão submetidos unicamente ao império da lei.

Como apresentado anteriormente, Mir Puig¹⁷⁶ traz que a *lex praevia*, *lex scripta* e *lex stricta* são requisitos do princípio da legalidade. Já Jakobs e Bacigalupo¹⁷⁷ acrescentam a *lex certa* e trata tais institutos como efeitos ou consequências do princípio da legalidade. Noutro rumo, Toledo¹⁷⁸, os trata como divisão do princípio da legalidade em quatro outros princípios, traduzidos nos brocados *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; *nullum crimen, nulla poena*

¹⁷⁵ Op. cit., p. 90-91.

¹⁷⁶ Op. cit.

¹⁷⁷ Cf. JAKOBS, op. cit.; BACIGALUPO, op. cit.

¹⁷⁸ Op. cit., p. 22.

sine lege scripta; nullum crimen, nulla poena sine lege stricta e nullum crimen, nulla poena sine lege certa.

Independentemente da visão adotada quanto aos referidos institutos dentro do princípio da legalidade, importante se faz o seu estudo para o entendimento das garantias decorrentes do princípio, dessa forma necessário se faz apresentar os seus conceitos e funções dentro do ordenamento jurídico penal.

A *lex praevia*, nas lições de Mir Puig, enseja a proibição da retroatividade das leis que definem delitos ou agravam suas penas. O sujeito precisa saber, no momento do ato, se este constitui crime e se está sujeito a alguma pena. Esse aspecto traz em seu bojo a essência da proteção da segurança jurídica. Tal proibição da retroatividade não se estende às leis que forem favoráveis ao réu, pois, “seria inadmissível seguir aplicando a lei anterior desfavorável ao réu quando, já derogada, tenha deixado de ser considerada necessária à proteção da sociedade”¹⁷⁹. Essa aplicação não desrespeita o limite imposto ao poder punitivo estatal pelo princípio da legalidade. Entendimento correlato tem Jakobs¹⁸⁰ quando defende que a determinação feita pela lei deve ser anterior ao fato, revelando a proibição da retroatividade quanto à eficácia temporal da lei.

A *lex scripta*, apresentada por Toledo¹⁸¹, proíbe a criação de crime ou agravamento de penas pelos costumes, como fonte imediata do direito penal, conforme já apresentado. Assim, não há proibição ao uso dos costumes enquanto fonte do direito penal quando relacionado a causas de exclusão de ilicitude, de atenuação de pena ou culpa, visto que não agravam a situação do agente. De forma sucinta aduz Bacigalupo¹⁸² que a proibição está em fundamentar a punibilidade no direito consuetudinário. E complementa Jakobs¹⁸³ dizendo que se exclui a criação de normas penais incriminadoras pelos costumes, tendo em vista não ser este prescrito por uma instancia legitimada democraticamente, mas sim por uma praxe judiciária.

A *lex stricta*, na óptica de Mir Puig¹⁸⁴, encerra a vedação ao uso da analogia e traz o postulado da precisão da lei denominado “‘mandado de determinação’, que requer que a lei determine de forma suficientemente diferenciada as distintas condutas puníveis e as penas que possam acarretar”. A precisão da lei evita a burla

¹⁷⁹ MIR PUIG, op. cit., nota 139, p. 89.

¹⁸⁰ Op. cit.

¹⁸¹ Op. cit.

¹⁸² Op. cit.

¹⁸³ Op. cit.

¹⁸⁴ Op. cit., p. 90.

da segurança jurídica e garantia oriunda do princípio da legalidade que ocorreria se a lei penal apresentasse fórmulas gerais, indeterminadas.

Assim, enquanto método de autointegração da norma, vinculada à atividade interpretativa, a analogia ultrapassa os limites impostos pelo princípio da legalidade, visto que atua fora do sentido que a interpretação da lei permite

Denota Bacigalupo¹⁸⁵ que:

O verdadeiro sentido que se deve dar à proibição da analogia. Poder-se-ia entender que, na realidade, ela impede um tratamento igualitário a casos que apresentam idêntico merecimento de pena. A isso se tem respondido que o legislador somente espera tratamento igualitário às ações que ele considera puníveis.

O autor denomina ainda a proibição da analogia de “proibição de generalização”, que resulta quando o texto legal se mostra restrito. Essa proibição denota ainda que o “princípio da legalidade deve impedir não a punição sem um bom motivo, mas a punição sem lei”¹⁸⁶.

A proibição da generalização mostra que o problema do limite da interpretação não reside nos conceitos que o Direito têm, mas sim aos conceitos que lhe podem ser atribuídos, portanto, para evitar a arbitrariedade das normas penais, deve-se formar um sistema dentro do qual os tipos penais, assim como os seus elementos se conectem entre si. Se a lacuna existe no âmbito restrito de uma regulação, não há motivo para uma interpretação generalizante.

Um ordenamento jurídico que reconhece o princípio da legalidade não pode ser interpretado ao mesmo tempo no sentido de que todas as lacunas devem ser preenchidas, pois o princípio apenas é necessário quando ao âmbitos carentes de regulação não são regulados, ou seja, quando subsistem lacunas de regulação.¹⁸⁷

O uso vedado pela *lex stricta* é o da analogia *in malam partem* posto que, defende Toledo¹⁸⁸, estaria fundamentando a aplicação ou agravação de pena em hipóteses não previstas em lei. Assim, o uso da analogia *in bonam partem* não encontra óbice no princípio da legalidade.

A *lex certa*, no conceito apresentado por Bacigalupo, traz consequências no âmbito de criação e aplicação da lei, que deve conter, de forma exaustiva, a

¹⁸⁵ Op. cit., p. 112.

¹⁸⁶ Id., p.125.

¹⁸⁷ JAKOBS, op. cit., p. 132.

¹⁸⁸ Op. cit.

descrição das proibições e suas respectivas sanções, considerando como exaustiva “as disposições que contenham todos os pressupostos que condicionam a pena e determinem a consequência jurídica”¹⁸⁹. Ensina ainda que a questão sobre a existência dos pressupostos em um preceito penal deve ser analisada sob dois ângulos distintos, considerando-se como pressuposto a delimitação expressa dos elementos do tipo ou a delimitação implícita.

Na delimitação implícita, considera-se atendido o princípio da legalidade quando a lei permita deduzir o elemento da infração, como ocorre com o dolo. Entende-se por cumprido exaustivamente também o princípio da legalidade quando o legislador faz uso de elementos normativos no tipo penal. Esses elementos dão maior margem de liberdade ao juiz, ao permitir que este faça um juízo de valoração acerca de tais elementos. Ao utilizar elementos normativos, espera o legislador que o julgador retire o juízo de valoração da sociedade e não dos seus valores pessoais.

O princípio da legalidade permite ainda que o legislador faça uso de certo grau de generalização no texto legal, desde que seja possível ao cidadão conhecer o que a lei proíbe e permite, não transformando o texto legal em cláusula geral. Esse é o limite para o uso da generalização no texto legal penal.

Nesse rumo Toledo¹⁹⁰ relata que a *lex certa* proíbe a criação de leis penais indeterminadas, ou seja, não é permitido ao legislador criar tipos vagos, indeterminados, genéricos. O conteúdo do tipo penal deve conter todos os elementos essenciais à sua identificação. Assim, como expressou Jakobs¹⁹¹, a lei deve determinar “o ‘se’ e o ‘quanto’ da pena”.

Assim, percebe-se que a *lex praevia*, a *lex scripta* e a *lex stricta* revelam a essência da anterioridade e reserva legal do princípio da legalidade quando admitida divisão deste naqueles dois princípios.

Analisados os elementos, consequências ou subprincípios da legalidade, nota-se que este princípio determina a imprescindibilidade da forma legal, de modo a ser a mais específica possível, pois, como delimita Jakobs:

¹⁸⁹ BACIGALUPO, op. cit., p. 109.

¹⁹⁰ Op. cit., loc. cit.

¹⁹¹ Op. cit., p. 109.

A punibilidade deve ser determinada por regras gerais, válidas não apenas para um caso individual ou para uma única pessoa. Não se trata aqui da generalidade da lei enquanto garantia de uma solução correta (como um paralelo em relação à lei natural), mas da generalidade com o objetivo de evitar a arbitrariedade.¹⁹²

Entendimento correlato apresenta Hungria¹⁹³ quando defende que a lei penal

é um sistema fechado: ainda que apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos 'princípios gerais do direito', ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las.

Ainda quanto à imprescindibilidade da lei, Bacigalupo apresenta que a rigorosa aplicação da lei, substrato do princípio da legalidade, enseja a análise do que se entende por rigorosa aplicação. Dessa forma, trata-se de conciliar o conteúdo expressado no texto legal com os valores do ordenamento jurídico. Essa convergência só é possível através de um método de interpretação reconhecido, que tenha bases científicas e ultrapasse os limites de um caso concreto que o julgador busca resolver, pois, "uma aplicação de princípios não expressos em lei é compatível com o princípio da legalidade, ao passo que não o é uma aplicação literal da lei que contradiga os princípios gerais nela implícitos"¹⁹⁴.

Encerrando as considerações sobre do princípio da legalidade, imperioso se faz trazer à baila alguns pontos importantes acerca dessa garantia constitucional.

O primeiro deles é sobre o destinatário da garantia. Ao abrir a discussão sobre o tema, Von Liszt¹⁹⁵ defende que o princípio é a "carta magna do delinquente". Na concepção atual do direito penal, a ideia não prospera, visto que os magistrados e tribunais não têm diante de si um delinquente, mas um cidadão amparado pela presunção de inocência. Logo, o destinatário, nas lições de Bacigalupo¹⁹⁶, é o cidadão que tem, por meio deste, a garantia de que seus direitos fundamentais serão preservados.

O segundo ponto trata da relação do princípio em estudo com o princípio da taxatividade. Defende Jakobs que o princípio da legalidade traz para o legislador

¹⁹² Ibid., p. 111.

¹⁹³ Op. cit., p. 21.

¹⁹⁴ BACIGALUPO, op. cit., p. 99.

¹⁹⁵ VON LISZT, *apud* BACIGALUPO, op. cit., p. 91.

¹⁹⁶ Op. cit., loc cit.

uma consequência que visa limitar seu poder, qual seja, a vedação de atribuir pena a comportamentos indeterminados. Assim, não obstante a essa vedação, a lei traz a taxatividade necessária à aplicação da lei ao caso concreto que vai além do objeto de regulação descrito no tipo, logo,

a taxatividade dos tipos penais delitivos da parte especial deve ser aplicada de modo que a norma geral somente conduza a resultados adequados ao sistema caso as pressuposições acerca da finalidade de uma regulação sejam legítimas¹⁹⁷.

A própria lei deve proibir que ela seja usada de forma a legitimar finalidades ilegítimas. A lei não pode renunciar a preceitos gerais que se adéquam às transformações sociais, mas também não pode se tornar um conteúdo esvaziado, que atenda somente a preceitos gerais e remeta a normas necessárias à convivência, ao contrário, a lei deve definir os bens que está protegendo.

O terceiro ponto importante a ser levantado é que o princípio da legalidade não está afeto somente ao Poder Legislativo, ao contrário, estabelece limites também ao Poder Executivo e Judiciário. Como ressalta Gomes, a função democrática do princípio da legalidade impede que o Poder Executivo e o Judiciário definam crimes e estabeleçam penas em seus atos, visto que tal função cabe ao Poder Legislativo, por ser o órgão representante da vontade do povo. Assim, decisões que acarretam em restrição de direitos dos cidadãos é tarefa do legislador, tendo em vista que o princípio da legalidade surgiu na sociedade para atender a dois anseios dos indivíduos “a segurança e a sua participação, por intermédio de representantes eleitos, na elaboração da lei penal”¹⁹⁸.

O último ponto importante quem traz é Grecco¹⁹⁹ ao apresentar o princípio da legalidade sob a ótica da divisão em legalidade formal e material. A primeira traz a necessidade da observância dos procedimentos instituídos pela Constituição para a criação de leis. A segunda revela a compatibilidade da norma penal com os preceitos constitucionais.

Na visão de Gomes²⁰⁰ o princípio da legalidade condiz com o Estado Democrático de Direito que, na República Federativa do Brasil, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, significando, numa breve análise, o respeito aos princípios e valores presentes na Constituição.

¹⁹⁷ JACOBS, op. cit., p. 119

¹⁹⁸ GOMES, op. cit., p. 66.

¹⁹⁹ Op. cit., p. 98.

²⁰⁰ Op. cit.

Assim, nas lições do autor, o princípio da legalidade visa à preservação da garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, evitando a arbitrariedade estatal, mediante o uso de sanções penais como instrumentos de poder.

Apresentado o princípio da legalidade e suas nuances, em contraposição ao capítulo anterior, pode-se verificar que o mesmo, indubitavelmente, caracteriza-se como uma norma constitucional de eficácia plena, conforme classificação apresentada por Silva²⁰¹, visto que o legislador constituinte não fez nenhuma ressalva de que a sua aplicação dependa de atividade legislativa posterior.

O princípio faz parte ainda das normas de sentido material da constituição, visto que não fora positivado na Carta Magna, por liberalidade do Poder Constituinte Originário, mas sim, porque se trata de norma definidora de direitos e garantias fundamentais, portanto, faz parte da estruturação das regras básicas que regem o Estado, como defende Silva²⁰².

Sob o enfoque dado por Canotilho²⁰³, percebe-se que o princípio da legalidade constitui, ao mesmo tempo, determinante positiva e negativa das normas infraconstitucionais atinentes ao Direito Penal, vinculando o legislador à sua observância no tocante à criação ou modificação de crimes e estabelecimento das respectivas penas, como ressalta Bonavides²⁰⁴ quando aduz que o Direito Constitucional vincula os demais ramos do Direito, no qual inclui-se o Direito penal. Essa vinculação decorre ainda do caráter de superioridade da Constituição, pois como delimitou Kelsen²⁰⁵, as normas constantes na Carta Magna gozam de superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico.

Tem-se ainda que o princípio da legalidade constitui direito fundamental de primeira geração, ante a definição apresentada por Mendes *et alii*²⁰⁶ no que concerne à caracterização de tais direitos. Destarte que, o princípio constitui uma garantia constitucional geral, uma vez que impõe limites à atividade estatal na seara do Direito Penal.

Logo, o princípio da legalidade dita as regras concernentes tanto à atividade do legislador quanto ao do aplicador do direito, pois, ao delimitar as garantias dele decorrente, estabelece as fontes que podem ser usadas no Direito Penal, bem como

²⁰¹ Op. cit.

²⁰² Id. loc. cit.

²⁰³ Op. cit.

²⁰⁴ Op. cit.

²⁰⁵ Op. cit.

²⁰⁶ Op. cit.

os métodos de interpretação da lei e de integração que se coadunam com os preceitos decorrentes do referido princípio. Além disso, as garantias dele extraídas visam à não restrição dos direitos fundamentais do indivíduo pelo poder estatal, na medida em que possam se caracterizar como uso arbitrário do poder, ou seja, o princípio da legalidade corrobora que a interferência na esfera individual dos cidadãos deve ser legítima, desembocando na preservação e defesa, por fim, dos fundamentos do Estado Democrático de Direito .

Na esteira desse diálogo sobre a prevenção do uso arbitrário do poder pelo Estado, tem-se como corolário do princípio da legalidade a garantia constitucional da não retroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu, prevista no art. 5º, XL da Constituição Federal de 1988²⁰⁷, objeto de estudo do próximo capítulo.

²⁰⁷ A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

4 EXTRA- ATIVIDADE: A lei penal no tempo

4.1 Eficácia temporal, retroatividade e irretroatividade da lei penal

O Código Penal Brasileiro, no art. 4º²⁰⁸, adota claramente a teoria da atividade quanto à aplicação da lei penal no tocante ao tempo do crime. Desta feita, para Toledo²⁰⁹, no ordenamento jurídico penal prevalece a máxima *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), ou seja, a lei que incide sobre o fato delituoso é aquela vigente ao tempo da realização da conduta. Sendo assim, entende-se que estão preservados os preceitos atinentes aos princípios da anterioridade e legalidade penal.

A lei penal, conforme apresenta Hungria²¹⁰, segue as mesmas regras das leis gerais quanto à sua vigência e eficácia, quais sejam, a publicação em diário oficial e decurso do período de *vacatio legis*. Segue também a regra de que somente uma lei penal nova pode revogar a antiga.

Entendimento correlato tem Bruno²¹¹ quando defende que:

Desde que é posta a vigorar, cumpridos os atos de sanção, promulgação e publicação e vencido o prazo para a sua entrada em vigência, a norma jurídica passa a reger todos os fatos que caem dentro do seu domínio e assim prossegue até que deixa de existir, pela revogação. É entre esses dois limites, o da sua entrada em vigor e o da sua extinção, que se estende a sua validade no tempo. Não alcança os fatos que lhe são anteriores ou posteriores: não retroage nem tem ultra-atividade. É desse modo que as leis se sucedem, dentro da ordem jurídica do Estado, sem colisão nos limites temporais da sua vigência.

Mas, defende ainda o autor, que a justiça criminal, quanto ao andamento do processo e execução das penas, demanda um longo período de tempo e, no decorrer desse lapso, pode ocorrer a sucessão de leis penais entre o tempo da prática do ato e da extinção de execução da pena. Ocorrendo tal sucessão, cria-se um conflito quanto à lei aplicável ao caso concreto, logo, imprescindível se faz a criação de regras para dirimir o conflito. A solução está nos princípios insculpidos no art. 5º, XL, da Constituição Federal²¹² e art. 2º do Código Penal²¹³.

²⁰⁸ Considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

²⁰⁹ Op. cit.

²¹⁰ Op. cit.

²¹¹ Op. cit., p. 159.

²¹² A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

O preceito positivado no dispositivo retro mencionado da Carta Magna trata do princípio da irretroatividade da lei penal e, conforme preleciona Zaffaroni²¹⁴, constitui corolário das garantias decorrentes do princípio da legalidade de que ninguém será punido por fato que a lei não defina como crime ao tempo da conduta e de que não será aplicada ao agente pena mais grave do que a prevista no tempo da prática do fato, ou seja, a lei penal só deve ter aplicação aos fatos cometidos após a sua vigência.

Nesse rumo, Roxin²¹⁵ aduz que a garantia decorrente da vedação da retroatividade da lei penal mais severa consiste em:

Todo legislador pode cair na tentação de introduzir ou agravar a *posteriori* as previsões de pena sob a pressão de fatos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarme e excitação politicamente indesejáveis. Pois bem, impedir que se produzam tais leis *ad hoc*, feitas na medida do caso concreto e que em sua maioria são também inadequadas em seu conteúdo como consequência das emoções do momento, é uma exigência irrenunciável do Estado de Direito.

Complementando o entendimento acima, Bruno²¹⁶ apresenta que a irretroatividade, princípio de *status* constitucional, é uma garantia que visa à defesa da “garantia e estabilidade da ordem jurídica”.

Ensina Zaffaroni²¹⁷ que a regra no direito penal é a irretroatividade da lei penal, mas esse princípio abarca uma importante exceção, prevista no mesmo dispositivo constitucional, de que a retroatividade da lei é possível, mas somente se for para beneficiar o réu. Nessa esteira Bacigalupo²¹⁸ defende que a exceção tem um fundamento de cunho político social, pois, não faz sentido impor ou executar penas para fatos não mais definidos como crime. O fundamento consiste também numa decorrência da garantia constitucional da irretroatividade da lei penal para que o agente do fato não seja vítima do endurecimento de penas pelo Estado.

²¹³ Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. e rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²¹⁵ ROXIN, *apud* GRECCO, op. cit., p. 105.

²¹⁶ Op. cit., p. 159.

²¹⁷ Op. cit., loc. cit.

²¹⁸ Op. cit.

Ainda no tocante ao fundamento da irretroatividade, Dotti²¹⁹ diz que essa tem seu fundamento no princípio da legalidade e da culpabilidade²²⁰. Ao passo que a retroatividade da lei mais benéfica é uma das garantias individuais constitucionais.

Assim, no preceito constitucional do art. 5º, XL, têm-se os princípios da irretroatividade da lei penal mais severa e a retroatividade da lei penal mais benigna. Esses dois princípios, defende Bruno²²¹, podem ser traduzidos em um só, o da aplicação da lei que mais preserve os direitos fundamentais do cidadão, tendo em vista que, com isso, estão atendidas “a exigência da consciência jurídica e razões de oportunidade”.

Nessa linha de entendimento, Noronha²²² postula que com os preceitos contidos no art. 2º do Código Penal, a lei penal relativiza a coisa julgada quando há a superveniência de uma lei penal mais benigna à situação do acusado, mesmo existindo uma sentença penal condenatória já transitada em julgado. Desta feita, conclui o autor: “parece estabelecido o princípio incondicional da retroatividade *in mellius*”.

Os princípios acima delineados apresentam-se como solução à criação de uma lei penal nova cuja vigência situa-se entre a ocorrência da conduta delituosa e o momento da decisão, ou até mesmo, da execução da pena imposta.

Para Jakobs²²³ a alteração de uma lei pode se dar por dois motivos. O primeiro deles traz a ideia de que a lei penal se mostrou inapropriada para regular todos os casos, podendo haver atenuação ou agravação da pena. Havendo atenuação, aplica-se aos casos antigos ao tempo da decisão. A fundamentação da retroatividade é de cunho material, pois visa evitar a aplicação de penas consideradas desnecessárias pela lei nova. Se houver agravação da pena, essa não se aplica aos casos antigos, uma vez que o momento do crime distancia-se do momento da decisão, retirando a identidade existente entre a lei e o momento do fato. A fundamentação aqui é de caráter formal, a proibição da irretroatividade.

O segundo motivo para alteração da lei traz a essência da inadequação da lei a apenas casos novos. Idêntico ao primeiro motivo, a lei pode atenuar ou agravar a punibilidade. Agravando a pena, não se aplicam aos casos antigos, tendo em vista

²¹⁹ Op. cit.

²²⁰ Cf. GRECCO: “Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”. Op. cit., p. 371.

²²¹ Op. cit., p. 202.

²²² Op. cit., p. 157.

²²³ Op. cit.

que somente com o advento da lei nova sobreveio a necessidade de se punir algumas condutas de forma mais severa. Necessidade inexistente na vigência da lei antiga. Nesse ponto, a retroatividade não é permitida. Atenuando a pena, o autor entende também não ser possível a retroatividade, no entanto, relata que o direito positivo estende a retroatividade nessa situação, pois permite que os casos antigos sejam adequadamente regulados, visto que na lei velha a regulação era inadequada à sociedade.

A edição de uma lei nova traz à baila a questão já suscitada anteriormente, a da lei aplicável ao fato delituoso, ou seja, da eficácia temporal da lei penal. Assim, apresenta Toledo²²⁴ que a vigência de uma lei nova pode acarretar algumas situações quanto à sua aplicação, ante a existência de casos em que um fato delituoso fora praticado na vigência de uma lei anterior. Tais situações são: lei posterior mais severa que a anterior (*lex gravior*), lei posterior que torna o fato impunível (*abolitio criminis*), lei posterior mais benigna quanto à pena (*lex mitior*) e lei posterior contendo preceitos mais severos e mais benignos. Ressalta ainda o autor que cada situação acima apresentada deve encontrar sua solução nos preceitos insculpidos nos arts. 2º e 3º do Código Penal, que tratam da lei penal no tempo e da lei excepcional e temporária.

Na linha das situações possíveis de ocorrer apresentadas, Toledo ensina que a lei penal nova é considerada mais severa quando cria novas figuras típicas ou agrava a pena prevista para um determinado delito. Essa lei, por agravar a situação do agente, terá sua aplicabilidade afastada, tendo em vista a proibição constante no art. 5º, XL, da Carta Magna. Essa irretroatividade, defende o estudioso, é absoluta e abarca as normas de direito penal material da parte geral e especial do diploma repressivo. Logo, só pode a lei posterior mais severa ser aplicada aos fatos cometidos após a sua vigência.

Nesse sentido, Dotti²²⁵ diz que a vedação, decorrente do princípio da legalidade, encontra sua lógica na própria lei penal, ante a necessidade da consciência da ilicitude do fato pelo agente no momento da conduta, logo, se essa conduta não era tida como punível, inexistente a consciência da ilicitude. Quanto à agravação da situação do agente, deve-se entender como agravante qualquer dispositivo que venha a sacrificar ou restringir direitos do autor. Assim, será aplicada

²²⁴ Op. cit.

²²⁵ Op. cit.

a lei velha, benéfica ao réu, desde que os fatos também sejam por ela puníveis e tenham sido praticados sob a sua vigência.

Com entendimento correlato aos de Dotti e Toledo, Hungria ressalta que quando o indivíduo pratica uma conduta descrita no tipo penal, estabelece com o Estado uma relação jurídica. Nascendo para esse o direito de punir e para aquele o direito de ser punido pela pena que conhecia ao tempo do crime, não podendo lhe ser imposta uma pena mais grave do que aquela prevista à época da infração penal. Logo, enfatiza, “ao criminoso não pode ser imposta uma pena que lhe era desconhecida ao tempo do crime”²²⁶.

O teórico apresenta ainda que a irretroatividade da lei penal tem fundamento numa razão de justiça, pois se a lei nova goza de uma “consciência jurídica” distinta da defendida na lei anterior em relação a um fato típico, manter eficácia da lei já revogada, constituiria uma “opressão iníqua e inútil”, uma vez que a função da pena fora cessada quando a lei nova não mais considera como crime algo assim descrito anteriormente ou quando mitiga sua punição.

De forma clara, Bruno²²⁷ apresenta a essência da irretroatividade da lei penal mais severa:

Seria verdadeiramente intolerável, pelo menos para a consciência jurídica atual, que a segurança e a tranquilidade do indivíduo que pratica um ato dentro da zona de licitude deixada livre pelo Estado se vissem ameaçadas por lei subsequente, que viesse alcançar com a sua definição de punibilidade aquele fato anterior. Essa garantia se abriga atrás do princípio *nullum crimen sine lege*, em que ainda hoje se funda o sistema punitivo da quase totalidade dos povos.

Por isso que elemento constitutivo da figura do crime é a sua antijuridicidade, isto é, a sua contrariedade a uma norma de Direito, inexistente a norma não pode haver crime e nem, por conseguinte, o ato já realizado, então lícito, ser punível por lei posterior [...].

Não importa a consideração de política criminal de que, se o Estado incrimina novos fatos, é porque conclui que a repressão deles é exigência da defesa social e todos os que os tenham praticado, mesmo antes da vigência da nova lei, devem ser submetidos à medidas necessárias àquela defesa.

Outra hipótese de conflito quanto à sucessão de leis penais no tempo é da lei penal mais benigna que deixa de considerar determinada conduta como crime. Está-se diante da *abolitio criminis*, que, como ensina Toledo²²⁸, é uma hipótese de

²²⁶ HUNGRIA, op. cit., p. 115.

²²⁷ Op. cit., p. 161.

²²⁸ Op. cit.

descriminalização que acarreta na extinção da punibilidade, alcançando os casos já transitados em julgado por sentença penal condenatória. Ressalta ainda que para ocorrer a descriminalização, é essencial que a conduta deixe de ser crime em todo o ordenamento jurídico, não apenas em uma lei específica, pois, caso ainda persista na esfera penal, não há que se cogitar a hipótese de *ablitio criminis*, tendo em vista que aquele fato deixou apenas de ser considerado crime por uma lei que perdeu a eficácia.

Grecco²²⁹ ressalta que a descriminalização ocorre quando o legislador entende que a defesa de determinado bem jurídico não se torna mais necessário à defesa da sociedade. Assim, o Estado está abdicando do seu poder punitivo. Assere ainda que a descriminalização pode ser temporária, quando o legislador suspende temporariamente a tipicidade da conduta descrita como crime e, após, o lapso temporal definido pela lei, o fato volta a ser punível, pois não houve revogação da lei, mas somente a suspensão da sua eficácia.

Importante aqui destacar os ensinamentos de Hungria²³⁰ quanto ao instituto da *abolitio criminis*, pois, para o autor, o mandamento constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica enseja a aplicação da lei nova que de qualquer modo beneficie o réu, não importando se o caso já está sob o manto da coisa julgada. Tem-se aqui, então, claro caso de relativização da coisa julgada, vez que, no caso do *abolitio criminis*, cessam-se todos os efeitos penais da sentença penal condenatória.

A descriminalização, sustenta Bruno²³¹:

Se o próprio Estado reconhece, pela lei nova, não necessária à defesa social a incriminação do fato, nada justifica que, por haver anteriormente praticado fato dessa espécie, venha alguém ser punido ou continue a execução da pena aplicada. [...]

Na presente, há a antijuricidade do fato ao tempo em que se praticou, mas já não existe a necessidade da defesa social que determinara a punição, como se conclui da lei nova discriminante, e, pois, não se justifica a limitação dos direitos individuais que a pena acarreta.

Dotti²³² denota que a descriminalização pode se dar de forma explícita ou implícita. No primeiro caso, a lei nova declara expressamente que o fato deixou de

²²⁹ Op. cit.

²³⁰ Op. cit.

²³¹ Op. cit., p. 162.

²³² Op. cit.

constituir crime, ao passo que, no segundo caso, a lei apenas retira o fato anteriormente definido como crime do rol dos fatos típicos.

Zaffaroni defende que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, como ocorre na descriminalização, encontra fundamento na natureza do direito penal, visto que esse fora criado para a defesa dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Nessa defesa, cabe ao Estado, quando há a violação aos bens tutelados, punir o autor, com vistas a reeducá-lo socialmente. Mas, quando há a modificação na necessidade de proteção de algum bem tutelado penalmente, não se faz mais necessária a intervenção do Estado, logo, não persiste mais o seu poder punitivo em face do cidadão que pratica conduta não mais descrita como crime. Assim, diz que “disso resulta que já não tem sentido a intervenção do Estado, por desnecessária, não se podendo sustentar apenas no fato de que foi considerada necessária no momento em que o autor cometeu o delito”²³³. Conclui ainda que os efeitos decorrentes da retroatividade da lei mais benéfica operam-se de pleno direito, tendo em vista ser matéria de ordem pública.

Na *abolitio criminis* atende-se, então, ao princípio da retroatividade da lei penal, visto ser uma clara hipótese de situação que beneficia, sobremaneira, a situação do réu, pois não há mais que se falar em punibilidade.

Agora a análise será feita sobre a hipótese da aplicação da lei mais benigna que, conforme Toledo²³⁴, é aquela que de qualquer modo favorece a situação do agente. Podendo ser favorável quanto ao crime, pena, circunstâncias atenuantes, causas de exclusão de tipicidade, ilicitude, culpabilidade, dentre outros.

Apresenta ainda o autor que ao fato praticado na vigência de uma lei anterior, será aplicada sempre a lei mais favorável, independentemente de ser a lei anterior ou posterior à ação ou omissão.

Zaffaroni²³⁵ ensina que a lei penal mais benigna não se refere somente aos preceitos primários e secundários da norma penal, mas abarca qualquer circunstância que venha a favorecer o agente.

Quando se trata da aplicação da lei mais favorável, importante ponto a destacar é de que forma se dá essa aferição, se em abstrato ou no caso concreto.

²³³ ZAFFARONI, op. cit., p. 229.

²³⁴ Op. cit.

²³⁵ Op. cit.

Hungria²³⁶ ressalta que em alguns casos, como da *abolitio criminis*, a benignidade da lei é evidente, mas em outros casos é necessária a análise do caso concreto para aferir qual a lei que produz, ao final, um resultado mais benéfico ao agente.

Informa ainda que a benignidade pode se revestir na mudança do título do crime, cominação de pena menos grave ou a mudança da sua definição para contravenção penal. Aqui, a retroatividade se dá no campo da imposição de pena menos grave, situação esta que beneficia o agente.

A necessidade da análise do caso concreto é unânime na doutrina, a exemplo de Dotti, Zaffaroni e Bruno que partilham do entendimento de Hungria²³⁷ de que a comparação entre as leis aplicáveis ao caso concreto, ante o respeito aos comandos constitucionais, é imprescindível para a aferição da benignidade de uma lei. Sendo considerada mais benéfica a lei que produzir o resultado final mais favorável ao agente.

Ponto importante quanto à lei penal no tempo, trata-se da combinação de leis favoráveis ao agente. A indagação consiste em saber se é possível ao juiz extrair os preceitos mais favoráveis de uma lei anterior e de uma lei posterior e combiná-los para conferir ao agente o máximo de benefícios possível resultante das duas leis²³⁸.

A corrente doutrinária que se opõe à combinação argumenta que, ao combinar dispositivos de leis, o juiz acabaria por criar uma terceira lei, exercendo, assim, atividade legislativa e usurpando a competência do Poder legislativo. Partilham dessa corrente Hungria²³⁹ e Bruno²⁴⁰.

Já a corrente que defende a combinação de leis apresenta a tese de que a aplicação dos dispositivos mais favoráveis das leis não implica na criação de uma terceira lei pelo juiz, ao contrário, esse apenas estará fazendo uso dos instrumentos legais que possui, uma vez que o próprio ordenamento jurídico penal prevê a aplicação da lei penal mais favorável. São partidários dessa corrente Toledo²⁴¹, Zaffaroni²⁴², Dotti²⁴³ e Grecco²⁴⁴.

²³⁶ Op. cit.

²³⁷ Id.

²³⁸ TOLEDO, op. cit.

²³⁹ Op. cit.

²⁴⁰ Op. cit.

²⁴¹ Op. cit.

²⁴² Op. cit.

²⁴³ Op. cit.

²⁴⁴ Op. cit.

Jakobs²⁴⁵, também defensor da combinação, argumenta que essa deve ser feita em cada etapa da determinação da punição do agente, pois, a alternatividade das leis (adoção de uma ou outra) não satisfaz o princípio da legalidade, já que uma lei pode ser branda em um aspecto, mas severa em outro.

Ainda no tocante à sucessão de leis penais no tempo, pode ocorrer a existência de leis intermediárias. Como delimita Toledo²⁴⁶, o princípio da aplicação da lei penal mais benéfica enseja a aplicação de qualquer lei que tenha tido vigência desde a prática do ato delituoso até o momento em que se encerram os efeitos da condenação, ou seja, aplicam-se também as lei intermediárias que, por ventura, tenham tido vigência nesse lapso temporal.

Nesse sentido, Bacigalupo²⁴⁷ defende a aplicação da lei intermediária, se ela se mostrar mais favorável ao agente, mesmo que no momento da sentença definitiva não esteja mais em vigência. Considera a aplicação da lei intermediária mais benéfica uma exigência do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável.

Grecco²⁴⁸ apresenta que a sucessão de leis no tempo implica a observância da vigência de leis entre a data do fato e o término do cumprimento da sentença pelo agente. Tem-se então que durante esse lapso temporal podem ser várias as leis que vigoraram no ordenamento jurídico quanto ao fato delituoso. Para atendimento da retroatividade da lei mais benéfica, deve-se analisar as várias leis, aplicando-se, ao final, aquela que produza melhor resultado para o agente. Nessa linha de sucessão pode acontecer a vigência de uma lei intermediária, que adentrou no ordenamento jurídico após a prática da conduta e perdeu eficácia antes da prolação da sentença penal condenatória. A existência dessa lei intermediária em nada modifica a regra da retroatividade. Se a lei intermediária for mais favorável aplica-se ao caso concreto; do contrário, não retroage para prejudicar o réu. É a absoluta aplicação dos princípios constitucionais.

²⁴⁵ Op. cit.

²⁴⁶ Op. cit.

²⁴⁷ Op. cit.

²⁴⁸ Op. cit.

4.2 Ultra-atividade da lei penal

A lei penal, mesmo após ter sido revogada, pode regular fatos ocorridos durante a sua vigência ou retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor. A esse fenômeno, dá-se o nome de extra-atividade da lei penal. Só há que se cogitar a presença desse instituto quando há a ocorrência de sucessão de leis penais no tempo. Não havendo a existência de duas ou mais leis aplicáveis ao fato, tendo em vista a retroatividade da lei mais benéfica e a irretroatividade da lei mais severa, não há que se falar em extra-atividade da lei penal. Esse é o entendimento trazido por Grecco²⁴⁹.

Tendo em vista a adoção da teoria da atividade pelo Código Penal, afirma ainda o autor, que a conduta omissiva ou comissiva é o marco inicial para o estudo da extra-atividade da lei penal. Assim, apresenta a extra-atividade como gênero do qual são espécies a ultra-atividade e a retroatividade.

A ultra-atividade ocorre quando a lei penal não possui mais vigência dentro do ordenamento jurídico penal, mas ainda assim tem eficácia para regular os fatos ocorridos na sua vigência. Já a retroatividade ocorre quando a lei penal retroage no tempo para alcançar fatos ocorridos antes da sua vigência. A extra-atividade só pode ser utilizada se for para beneficiar o réu e tem como pressuposto a sucessão de leis penais no tempo²⁵⁰.

Nesse sentido, Toledo²⁵¹ defende que havendo a aplicação da lei anterior mais favorável tem-se caso típico de ultra-atividade da lei penal, pois essa avançará no tempo, extrapolando o período da sua vigência para alcançar o fato delituoso. Caso ocorra o contrário, aplicação da lei posterior mais favorável, tem-se a retroatividade da lei penal, ou seja, apesar de a ação ou omissão ter ocorrido sem que a lei ainda estivesse em vigor, essa retroagirá para ser aplicada ao fato cometido anteriormente à sua vigência.

Ainda com entendimento correlato, Hungria²⁵² diz que havendo a sucessão de uma lei menos favorável, essa estará sob o manto da irretroatividade. Ocorrendo o contrário, ou seja, sendo mais favorável, terá aplicação extra-ativa, que pode ser ultra-ativa ou retroativa: a lei mais favorável é extra-ativa quando é a lei anterior,

²⁴⁹ Op. cit.

²⁵⁰ Id..

²⁵¹ Op. cit.

²⁵² Op. cit., p. 114.

sobrevive à sua revogação (ultra-atividade); quando é a posterior, projeta-se no passado (retroatividade).

Assim, conclui que a lei menos favorável não goza de nenhum dos fenômenos da extra-atividade, visto que está sob o manto da garantia constitucional da irretroatividade da lei penal, que é um corolário do princípio da anterioridade penal. E enfatiza que a lei menos favorável, quanto à retroatividade, tem como obstáculo o direito adquirido do cidadão de não ser punido por uma conduta que, na vigência da lei anterior, não era descrito como crime ou de ser punido de forma mais branda. Do lado oposto, há também o direito adquirido do Estado, no caso de lei mais favorável, de impor ao agente a pena cominada ao tempo da conduta delitiva, uma vez que o cidadão agiu sob a vigência da lei anterior. Esse constitui outro fundamento para a não retroatividade da lei mais severa.

Dotti²⁵³ corrobora que lei ultra-ativa é aquela que se aplica a um caso concreto, mesmo após o seu período de vigência, como ocorre com a lei mais benéfica e as leis excepcionais ou temporárias, essa última objeto de estudo do capítulo seguinte. Encerra a questão da ultra-atividade dizendo que um fato praticado sob a vigência de uma lei mais benéfica, será julgado com base nela, ainda que não tenha mais vigência no ordenamento jurídico.

A essência do comando constitucional constante no art. 5º, XL, da Carta Magna, enseja, necessariamente, a existência da sucessão de leis penais no tempo, sem a qual não há que se discutir a finalidade do legislador constituinte na criação da citada norma.

Noutro rumo, a sucessão de leis se dá em decorrência da mudança da concepção jurídica proveniente da necessidade de se criminalizar, descriminalizar, atenuar ou agravar condutas. A criminalização ou agravação de fatos delituosos surge da necessidade de proteção ou aumento de proteção, respectivamente, dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Já a descriminalização e atenuação decorrem da inexistência da necessidade de proteção pelo Estado de determinados bens jurídicos.

A irretroatividade da lei penal mais severa revela o direito adquirido de o cidadão conhecer, ao tempo da prática do fato delituoso, que a sua conduta constitui crime e a pena a que ele estará sujeito. Tem-se aqui a presença de uma das

²⁵³ Op. cit.

garantias decorrentes do princípio da legalidade, a *lex praevia* que, em última análise, revela o princípio da anterioridade penal.

A retroatividade da lei mais benéfica constitui uma garantia ao cidadão na medida em que os seus direitos mais sagrados só devem ser restringidos se realmente necessários. Se o Estado, órgão responsável pela proteção dos bens jurídicos, entende que a aplicação de pena mais grave ou a criminalização da conduta deixou de ser necessária à defesa desses bens, não há razão suficiente para a restrição dos direitos fundamentais do cidadão nos termos definidos pela lei penal anterior.

Ademais, diante do que fora exposto até o presente capítulo e aliando os conceitos apresentados acerca da vedação constitucional da irretroatividade da lei penal com a classificação das normas delineadas por José Afonso da Silva, deduz-se que a norma constitucional do art. 5º, XL, da Constituição Federal, enquadra-se, perfeitamente no conceito das normas constitucionais de eficácia plena. Assim, o comando constitucional da irretroatividade é uma norma bastante em si mesma, que dispensa atividade legislativa futura com vistas a restringir as situações nele tutelados.

Cabe então agora a análise de um dos casos, citados pela doutrina, de ultra-atividade da lei penal, a lei temporária, com vistas à análise da sua constitucionalidade frente o comando constitucional do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

5 LEI PENAL TEMPORÁRIA

O art. 3º do Código Penal Brasileiro dispõe sobre a lei penal temporária e excepcional, *in verbis*: “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessada as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.”.

A doutrina apresenta o conceito da lei penal temporária, que será apresentado a seguir, não havendo controvérsia quanto aos elementos constitutivos da referida lei. A questão gira em torno do caráter ultra-ativo da lei temporária, para tanto, após delimitado o conceito da lei em estudo, será apresentado a visão de diversos autores acerca da compatibilidade da lei com o comando constitucional insculpido no art. 5º, XL da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Bacigalupo²⁵⁴ define as leis temporárias como sendo aquelas que possuem prazo de vigência determinado, não dependendo de sobreposição de uma lei nova que a revogue. São denominadas também de lei temporária em sentido estrito e o prazo de vigência pode ser determinado por um tempo específico ou pela indicação de um evento que ensejará a sua revogação. Define ainda que as leis excepcionais também possuem vigência predeterminada e, portanto, podem ser chamadas de leis penais temporárias em sentido amplo, visto que sua vigência está condicionada a situações temporárias.

Complementando o conceito apresentado acima, Zaffaroni²⁵⁵ traz que a lei penal temporária é aquela que tem prazo de vigência certo e determinado, cujo lapso temporal vem especificado no próprio texto da lei.

De forma clara, Bittencourt²⁵⁶ traz a essência da lei penal temporária ao aduzir que “as leis penais excepcionais e temporárias nascem com a finalidade de regular circunstâncias transitórias especiais que, em situação normal, seriam desnecessárias”.

Superada a delimitação do conceito básico da lei penal temporária, imprescindível se faz apresentar a posição da doutrina quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei penal temporária.

²⁵⁴ Op. cit.

²⁵⁵ Op. cit.

²⁵⁶ Op, cit., p. 211-212.

Zaffaroni defende que a lei temporária, na forma disposta no art. 3º do Código Penal, constitui uma exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, sob o fundamento de perda da sua “eficácia intimidatória preventiva dessas leis, se não fosse estabelecida a exceção”²⁵⁷. Apesar disso, atesta que a constitucionalidade da lei é duvidosa, tendo em vista que o mandamento constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa é absoluto, ou seja, não abarca exceções, a não ser a prevista no mesmo dispositivo.

Toledo²⁵⁸ adota a tese da compatibilidade da lei temporária com o mandamento constitucional, argumentando que se a lei penal temporária não tivesse em sua essência o caráter ultra-ativo, já nasceria sem eficácia. Assim, mesmo que mais severa, deve ser aplicada aos fatos cometidos sob sua vigência sem, no entanto, atentar contra o princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Bruno aduz que o próprio código estabelece os casos de ultra-atividade da lei penal, são eles, a lei penal temporária e excepcional. Tais leis têm aplicação aos fatos cometidos durante a sua vigência, mesmo depois de revogadas, de forma a impedir que os fatos cometidos sob a sua égide sejam alcançados por lei posterior considerada benéfica. Argumenta ainda que a não aplicação da lei posterior mais benéfica “tem por fim evitar que fiquem sem aplicação as sanções dessas leis a fatos cometidos às vésperas da extinção do termo”²⁵⁹.

Noronha²⁶⁰ sustenta que na lei temporária não há como se verificar qualquer violação ao princípio constitucional de retroatividade da lei mais benéfica, tendo em vista o caráter ultra-ativo da lei em comento. Disso resulta que se aplica à lei temporária a máxima *tempus regit actum*, ou seja, aplica-se a lei do tempo do fato. Defende ainda que em qualquer hipótese vigora o disposto no art. 3º do Código Penal, mesmo que o Estado não suceda a lei temporária com outra, mas regule a matéria com menos severidade deve ser aplicada a lei temporária aos fatos cometidos sob a sua vigência.

Hungria²⁶¹ traz importante contribuição à questão quando diz que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica não é absoluto e, indo além, apresenta que os fatos praticados na vigência da lei temporária não possuem qualquer

²⁵⁷ Ibid., p. 230.

²⁵⁸ Op. cit.

²⁵⁹ BRUNO, op. cit., p. 166.

²⁶⁰ Op. cit.

²⁶¹ Op. cit., p. 140.

identidade com o mesmo fato descrito na lei posterior à vigência da referida lei, pois o fato cometido sob a égide de uma lei temporária é praticado “ao tempo de um especial estado de coisas”.

Assevera ainda que na sucessão de leis penais ordinárias há uma mudança de concepção ético-social na tipificação de condutas ou na punibilidade, de modo que não se justificaria a ultra-atividade da lei posterior. No caso da sucessão de lei temporária por uma ordinária não há mudança de concepção da política criminal do fato tipificado. Os fatos previstos na lei temporária passam a ser lícitos ou puníveis de forma mais branda porque a situação que ensejou a edição da lei temporária não mais existe, pois “a mudança da lei, em tal hipótese, não ocorre por motivos de justiça (ou por um evoluído critério de justiça), mas por simples motivo de oportunidade”²⁶².

Apresenta ainda que a diferença entre a lei ordinária e temporária é mera questão de técnica legislativa

ao invés de se preverem na lei ordinária, de modo geral, estas ou aquelas anormais situações externas como condição de punibilidade ou maior punibilidade, se editem, para o mesmo fim, leis intermitentes, cada qual com vigência limitada à duração dessas situações esporádicas. Não há diferença de fundo, senão de forma, entre um caso e outro.²⁶³

Encerra a questão dizendo que admitir a retroatividade da lei penal mais benigna ensejaria algumas consequências, a saber: a inutilidade da lei temporária que estabelecesse uma pena superior ao seu período de vigência. O andamento processual diversificado de dois indivíduos que praticassem fatos semelhantes no mesmo dia poderia ensejar a punição de um e a impunibilidade do outro. Tendo-se dois agentes que praticam fatos idênticos antes da cessação da vigência da lei e um é preso e o outro não, poderia ocorrer a aplicação de pena a um e outro continuaria livre; os agentes que cometessem delitos nos últimos momentos de vigência da lei temporária teria “imunidade penal ou isenção à maior punibilidade”²⁶⁴. Não haveria prescrição de nova figura típica quando o prazo de vigência da lei fosse curto, pois a cessação da lei extinguiria também o crime antes da ocorrência da prescrição.

²⁶² Ibid., p. 141.

²⁶³ Ibid., p. 141-142.

²⁶⁴ Ibid., p. 143.

Bacigalupo²⁶⁵ contribui dizendo que as leis temporárias são editadas num regime de exceção, em que se averigua a necessidade de agravar a punição ou criar novas figuras típicas por um determinado lapso temporal e, decorrido esse período a lei temporária é revogada, dando espaço à eficácia de outra lei penal. Desta feita, enseja, necessariamente, a análise da sua aplicação na linha do tempo sob o enfoque do princípio da retroatividade da lei mais favorável, tendo em vista que as leis temporárias, via de regra, sempre agravam a situação do agente. Logo, a aplicação da retroatividade da lei penal posterior benéfica implicaria que “sua capacidade intimidatória ver-se-ia anulada ou seriamente afetada”. Assim, entende ser a lei temporária ultra-ativa e, conseqüentemente, uma exceção ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ou da irretroatividade da lei penal mais severa.

Jakobs²⁶⁶ define que as leis temporárias vigoram por um período de tempo determinado, sendo aplicadas mesmo quando perdem a sua vigência, salvo no caso de haver disposição em sentido contrário. Assim, a lei temporária não perde a sua eficácia por completo quando é revogada, pois ainda goza de aplicabilidade. Segundo o referido autor, perde a força cogente para regular casos novos, ocorridos após a sua revogação.

O teórico ainda traz a existência de haver quem defenda que a manutenção da eficácia da lei temporária, mesmo após cessada a sua vigência, se dá sob o argumento de evitar a perda da autoridade punitiva sobre o fato descrito na referida lei. Argumenta o autor que tal fundamento não se sustenta, pois a lei temporária já nasce com previsão para a perda da sua autoridade. Adota, então, que o fundamento da aplicabilidade ultra-ativa da lei temporária reside no fato de que “o comportamento passado (o caso antigo) ainda é definido ao tempo da sentença como decepção de expectativa que necessita garantia normativa. Na lei temporária, a decisão também serve à solução de um conflito atual, não de um conflito passado”.

Sob o aspecto material, aduz Jakobs que a lei temporária, tendo prazo determinado, não abarca casos novos, mas ainda serve à regulação dos casos antigos, ocorridos sob a sua vigência. Assim, o elemento temporal da referida lei

²⁶⁵ Op. cit., p. 171.

²⁶⁶ Op. cit., p. 146.

serve para dissociar os casos novos dos antigos, permitindo saber qual lei será aplicada ao caso concreto quando na sucessão de leis se tem uma temporária.

Dotti²⁶⁷ adota que o caráter excepcional e temporário não deve ser visto somente em função da existência de uma lei com esses deslindes, deve-se considerar ainda a norma incriminadora que a compõe. Defende que a pena de morte prevista no art. 5º, XLVII, a, da Constituição da República, é um caso de lei penal temporária ou excepcional. Em contrapartida, Fragoso²⁶⁸ discorda do entendimento, pois só são consideradas situações excepcionais aquelas previstas em leis excepcionais.

A par dessa consideração, Dotti apóia a aplicação ultra-ativa da lei temporária, ante a disposição clara do Código Penal. Pois se assim não fosse a lei perderia toda a sua eficácia, se o agente, ao tempo da conduta, já soubesse que terminado o prazo de vigência da lei não haveria mais punibilidade ao fato praticado.

Apresenta ainda que a exposição de motivos do código penal traz que a ultra-atividade da lei excepcional e temporária “visa impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais”.

Gomes²⁶⁹ contribui para o assunto enfatizando que a lei temporária já nasce com data certa para a sua saída do ordenamento jurídico. Denotando ainda que se tem uma aplicação clara do *tempus regit actum*, vez que a lei temporária aplica-se aos fatos praticados durante a sua vigência, mesmo após a sua revogação. Disso enseja o seu caráter ultra-ativo.

Atesta ainda que na lei penal temporária há um tipo penal diferenciado com “dados típicos específicos” que justificam o caráter temporário da lei. Com a sua revogação, ressurgem o direito normal ou cria-se uma nova lei. Mas ressalta que as figuras típicas presentes na lei temporária e na lei normal são distintas ante a presença, na primeira, do requisito da temporariedade. Tendo em vista que os tipos penais são distintos, não há que se cogitar a possibilidade de *abolitio criminis* ou de sucessão de leis penais no tempo quando há a restauração da ordem anterior após a vigência da lei penal temporária.

²⁶⁷ Op. cit., p. 329.

²⁶⁸ FRAGOSO, *apud* DOTTI, op. cit.

²⁶⁹ Op. cit., p. 102.

Defende ainda que a lei surgida com a cessação da vigência da lei temporária, não a revoga, pois não trata da mesma matéria nem do mesmo fato típico.

Não há, portanto, um conflito de leis penais no tempo (na medida em que a lei posterior não cuida do mesmo crime definido na anterior). Por isso é que não há nenhuma inconstitucionalidade no art. 3º do CP. A questão é de tipicidade, não de inconstitucionalidade²⁷⁰.

Ressalta que só se deve falar em sucessão de leis penais temporárias, se ocorre na linha do tempo a vigência de duas leis temporárias sucessivas tratando do mesmo caráter temporário. Havendo a sucessão, aplica-se então, a regra contida no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Capez²⁷¹ traz que as leis de vigência temporária (excepcional e temporária) também são denominadas de autorrevogáveis e tem como características o fato de serem autorrevogáveis e ultra-ativas.

Quanto a sua revogação, apresenta o autor, que a lei temporária constitui exceção à regra trazida pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro de que uma lei somente pode ser revogada até que outra, posterior, expressamente a revogue ou que seja com ela incompatível ao regular a mesma matéria. Desta feita, a lei temporária não necessita ser sucedida por lei posterior a revogando, pois sua vigência cessa no prazo estipulado pelo legislador no bojo da própria lei, assim, decorrido o prazo, a lei temporária perde, automaticamente, a sua vigência.

No tocante à ultra-atividade, Capez entende que a lei temporária é aplicável aos fatos mesmo após cessada a sua vigência, tendo como peculiaridade o fato de ser aplicável mesmo que prejudique o réu sob o fundamento de que perderiam a sua força intimidativa se, em virtude do caráter transitório, o agente já agisse com a convicção de que a lei irá desaparecer.

Assim, apresenta o referido autor que a lei temporária é uma clara exceção ao princípio da retroatividade da lei penal posterior mais benéfica, pois “restringe-se, portanto, um princípio constitucional para se garantir outro, qual seja, o de que as leis devem proteger eficazmente os bens jurídicos (CF, art. 5º, *caput*).”

Grecco²⁷² sustenta a não recepção da regra disposta no art. 3º do Código Penal pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a Carta Magna previu

²⁷⁰ Ibid., p. 102-103.

²⁷¹ Op. cit., p. 85.

como exceção à irretroatividade da lei penal apenas a retroatividade da lei que beneficie o réu, em nada tratando da retroatividade *in pejus* das leis penais temporárias e excepcionais.

Assim, portanto, havendo a sucessão de leis temporárias ou excepcionais, prevalecerá a regra constitucional da extra-atividade *in melius*, ou seja, sempre que a lei anterior for benéfica, deverá gozar dos efeitos da ultra-atividade; ao contrário, sempre que a posterior beneficiar o agente, deverá retroagir, não se podendo, excepcionar a regra constitucional.

Nucci²⁷³ adota que via de regra, as leis temporárias são leis que não respeitam o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, logo, são ultra-ativas, com fins a manter a sua imperatividade. E só há aplicação da retroatividade da lei penal mais benéfica se houver a sucessão de outra lei penal temporária que beneficie o agente em relação à situação da lei temporária anterior, desde que possuam, lei sucedida e sucessora, o mesmo fator temporal.

Defende a tese da inconstitucionalidade da lei temporária, tendo em vista que o mandamento constitucional do art. 5º, XL, da Carta Magna, não estabeleceu nenhuma condição à sua aplicação, dispensando qualquer atividade legislativa ordinária. Soma-se a isso o fato de que o art. 3º do diploma repressivo não faz qualquer menção de que o elemento temporal integra os tipos descritos na lei temporária. Trata-se, certamente, de mera criação doutrinária. E ainda que visto dessa forma, a lei temporária é sucedida por lei mais benéfica ao réu, devendo essa ser aplicada em respeito ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Noutro rumo diz, ainda que se cogitasse o elemento temporal e a exceção à irretroatividade da lei penal, a lei temporária esbarraria no obstáculo do princípio da dignidade da pessoa humana, pois não pode o Estado criar uma lei que terá aplicabilidade por termo indeterminado, mesmo após a sua vigência, com o intuito de agravar penas ou criar novos tipos para, depois, atenuá-los ou descriminalizá-los, ou seja, com a lei penal temporária, o Estado estaria eternizando o poder de punir os crimes ali previstos.

Costa Jr. e Costa²⁷⁴ de forma singela postulam que a lei penal temporária, apesar de dispor de ultra-atividade, não enseja a exceção ao princípio da

²⁷² Op. cit., p. 114.

²⁷³ Op, cit.

²⁷⁴ COSTA JR, Paulo José; COSTA, Fernando José. **Curso de direito penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

retroatividade da lei penal mais benéfica, pois, até que o mandamento constitucional disponha expressamente que a aplicação da lei posterior mais benéfica deve respeitar a lei penal temporária e excepcional, não há que se cogitar o afastamento do princípio.

Prado²⁷⁵ diz que como a lei penal temporária está condicionada a uma situação transitória de emergência e termo predeterminado de vigência, dispõe do regime da ultra-atividade mais gravosa, para atingir a finalidade a que se propõe, regular a punição ou agravação de condutas humanas em situações especiais.

Franco e Stoco²⁷⁶ apresentam que a lei penal temporária e excepcional visa a punição mais gravosa de condutas que não são verificáveis em situações normais e, decorrido o seu prazo de vigência, pode ocorrer a retomada da lei anterior ou a criação de uma nova lei. De qualquer forma, a lei posterior será mais benéfica. Os autores não se posicionam enfaticamente acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei penal temporária, limitando-se a analisar os argumentos das correntes antagônicas sobre o tema.

Para aqueles que adotam a constitucionalidade da lei temporária, apresentam os autores, que o fazem sob o argumento de que não há qualquer incompatibilidade entre a ultra-atividade da referida lei e o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, pois se deve atentar para a finalidade da lei temporária, a qual não seria atingida se sobre ela incidisse o princípio.

Para os adeptos da inconstitucionalidade, os autores analisam que o legislador infraconstitucional não pode abrir exceção ao mandamento constitucional que o legislador constituinte deu valor de garantia individual. Apresentam ainda que a concepção de que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica é uma exceção está incorreta, tendo em vista que o direito penal não pode se furtar de aplicar os princípios constitucionais, indo de encontro às concepções do Estado de Direito Democrático e Social, que prega o princípio da mínima restrição dos direitos fundamentais. Tendenciosamente apontam afinidade pela inconstitucionalidade da lei penal temporária quando se enfatiza que o mandamento constitucional não fez nenhuma ressalva à aplicação da retroatividade da lei penal mais favorável.

²⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁷⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Os estudiosos apresentam a tese de que o caráter ultra-ativo da lei temporária deve ser visto de dois ângulos distintos. O primeiro deles ressalta que se após a vigência da lei temporária houver a restauração da lei anterior, não há sucessão de leis penais, sendo possível, portanto, a aplicação do disposto no art. 3º do Código Penal. O segundo ângulo ressalta a edição de uma nova lei penal após cessada a vigência da lei temporária, nesse caso há uma verdadeira sucessão de leis penais no tempo e, assim, deve ser aplicado o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, tendo em vista que há uma alteração na concepção jurídica dos fatos regulados pela penal temporária.

Costa apresenta contribuição defendendo que após a vigência da lei temporária, com o advento de uma lei ordinária, há uma alteração da situação fática e não de uma alteração político-penal, como explicita:

O regime especial da lei temporária não pode considerar-se uma exceção ao princípio da retroatividade da lei penalizadora. Só haveria exceção se a razão da política criminal da retroatividade da lei despenalizadora se afirmasse também no caso de caducidade das leis temporárias. Os fatos praticados em situação de anormalidade determinante da lei temporária continuam a ser valorados, político-criminalmente, como merecedores de pena. Há uma alteração da situação fática e não uma alteração da valoração político-penal.²⁷⁷

Marques²⁷⁸ sustenta que o fator temporal constitui elemento do fato típico descrito na lei temporária, sendo esse pressuposto da agravação ou da punibilidade da conduta típica. Jeschek²⁷⁹ defende que a lei temporária constitui exceção ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, pois a revogação da lei temporária ocorre pelo desaparecimento da situação que originou a sua criação e não pela mudança da concepção jurídica acerca da necessidade da agravação da pena ou criação de nova figura típica.

Bittencourt²⁸⁰ entende ser constitucional a lei penal temporária, pois

entendida a lei temporária ou excepcional como descrição legal de figuras típicas onde o *tempus delicti* condiciona a punibilidade ou maior punibilidade de uma conduta, a sua ultra-atividade (*sic*) não atinge os princípios constitucionais de nosso Direito Penal intertemporal. A *lex mitior* que for promulgada posteriormente para um crime que a lei temporária pune mais severamente não retroagirá porque as situações tipificadas são diversas.

²⁷⁷ COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 409.

²⁷⁸ MARQUES, *apud* BITTENCOURT, op. cit.

²⁷⁹ JESCHEK, *apud* BITTENCOURT, Id.

²⁸⁰ Id., p. 213.

Asúa²⁸¹ defende que a lei temporária não se opõe a nenhum preceito constitucional, pois as constituições apenas impedem a irretroatividade da lei mais severa, em nada dispondo acerca da ultra-atividade da lei penal. Diz ainda que a lei temporária não derroga os preceitos contidos nas leis que vigoram antes e após a sua vigência. Assim, tais leis diminuem a eficácia da lei temporária, por isso, é possível que fixem seu caráter ultra-ativo na sua criação.

Roxin²⁸² entende que com o advento da lei temporária e a sua aplicabilidade mesmo após cessada a vigência, só se deve aplicar a lei posterior mais benéfica ao fato cometido sob a vigência da lei temporária, se o seu desaparecimento fora acarretado pela mudança da consciência político-criminal e não pela situação fática que ocorre quando a lei temporária se auto revoga. Defende o perigo que seria para a sociedade se o agente cometesse o delito nos últimos momentos da vigência de uma lei temporária, pois teria a convicção de que não seria punido, pois a revogação da lei se daria antes disso.

Da análise do objeto de estudo desse capítulo, vê-se que a doutrina não é unânime quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei temporária, trazendo ainda alguns autores à questão sob outro ponto de vista, o da tipicidade. Há também aqueles que se limitam a apresentar o conceito, assim como a visão de outros autores sem, no entanto adentrar realmente na questão.

A par disso, é importante enfatizar que a análise da constitucionalidade da lei temporária, frente aos princípios da irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benéfica, perpassa pela delimitação de alguns pontos básicos.

O primeiro deles versa sobre a aplicabilidade do comando constitucional do art. 5º, XL, da Constituição Federal. Conforme já defendido no capítulo anterior, trata-se de norma constitucional de eficácia plena que não enseja atividade legislativa ulterior. Logo, os princípios ali delimitados não abarcam restrições do legislador infraconstitucional, ante a ausência de elementos indicativos que o legislador constituinte originário tinha tal intenção, conforme linha de

²⁸¹ ASÚA, Luis Jiménez. **Principios de derecho penal**: La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

²⁸² ROXIN, KLAUS. Tomo I. **Derecho penal**: parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

desenvolvimento apresentado por Silva²⁸³ no tocante à classificação das normas constitucionais e sua aplicabilidade. Assim, os princípios insculpidos no referido dispositivo têm aplicabilidade direta e imediata.

O segundo ponto a ser analisado trata da sucessão de leis penais no tempo. A aplicação dos princípios da irretroatividade da lei penal mais severa e retroatividade da lei penal mais benéfica implicam, necessariamente, a existência da sucessão de leis penais no tempo.

A irretroatividade se vincula à anterioridade da lei penal, não sendo possível que lei penal mais severa retroaja para alcançar fatos anteriores à sua vigência. Esse entendimento é claro e pacífico na doutrina. Tem-se a simbiose de dois princípios constitucionais que se complementam.

Quanto à retroatividade da lei mais benéfica, alguns autores entendem ser uma exceção ao princípio da irretroatividade. Pode-se dizer que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica não constitui exceção ao princípio da irretroatividade, mas uma garantia independente daquele de que o cidadão não será mais punido por um fato, nos termos apresentados na lei anterior, que o Estado considerou desnecessário. Como delimita Zaffaroni²⁸⁴, quando a concepção jurídica da necessidade de defesa dos bens jurídicos penalmente tutelados modifica, o Estado está abdicando do seu poder punitivo.

A extra-atividade consiste na possibilidade de uma lei penal regular fatos ocorridos fora do seu período de vigência. Esse é o conceito de extra-atividade trazido pela doutrina. Claro então está a extra-atividade da lei penal posterior mais benéfica, tendo em vista que a lei retroage para alcançar fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, ou seja, no momento da prática do fato criminoso, a lei mais benéfica não era aplicável ao caso concreto. No entanto, por expressa previsão constitucional, deve-se aplicar a lei mais benéfica retroativamente.

Assim como a retroatividade da lei mais benéfica, a lei temporária, segundo a doutrina, também constitui espécie da extra-atividade da lei penal, tendo em vista o seu caráter ultra-ativo.

A controvérsia surge exatamente nesse caráter ultra-ativo frente ao dispositivo constitucional do art. 5º, XL, da Carta Magna. O referido dispositivo constitucional apenas consignou um caso de extra-atividade da lei penal, a

²⁸³ Op. cit..

²⁸⁴ Op. cit.

retroatividade da lei mais benéfica, silenciando quanto à lei penal temporária e excepcional. Desta feita, caberia ao legislador infraconstitucional estabelecer mais um caso de extra-atividade? A lei temporária afronta o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, tendo em vista que a lei temporária, via de regra, será sucedida por uma lei mais benéfica? A Constituição da República proibiu a ultra-atividade?

Para responder tais questões, indubitável é a análise da lei penal temporária sob o prisma da sucessão de leis penais no tempo, vez que, a ultra-atividade implica necessariamente a sucessão de leis.

Nessa esteira, deve-se analisar qual a lei que irá suceder a lei penal temporária, distinção apresentada por Franco e Stolco²⁸⁵ de suma importância para o deslinde da questão.

A primeira situação a ser analisada é se após a vigência da lei penal temporária, sobrevém a edição de lei nova mais benéfica. Conforme apresenta a doutrina, via de regra, a lei penal temporária regula os fatos ali tipificados de forma mais grave. Assim, a cessação da vigência da lei temporária implicaria na ocorrência de uma situação futura mais benéfica ao agente. Nesse caso, haveria uma sucessão de leis penais no tempo, tendo em vista que haverá a mudança da concepção jurídica acerca da desnecessidade de tutela de determinados bens jurídicos. Logo, se a lei temporária é sucedida por uma nova lei, mais benéfica, é cogente a aplicação da retroatividade da lei penal posterior mais benéfica, sob pena de afronta ao mandamento constitucional positivado no art. 5º, XL, da Carta Magna.

Situação distinta ocorre se após o transcurso da situação anormal (regulada pela lei temporária) sobrevier o restabelecimento da situação normal anterior (regulada pela lei anterior, não revogada). Nesse caso, não há qualquer sucessão de leis penais no tempo, a par do que apresenta a doutrina quando define que a autorrevogação da lei penal temporária implica no restabelecimento da ordem penal anterior. Em uma análise mais acurada, percebe-se que não há restabelecimento, tendo em vista que a vigência de uma lei temporária, não retira a eficácia, nem aplicabilidade da lei “normal” e vice-versa. Logo, a lei penal “normal” convive com a lei temporária, enquanto durar o período de anormalidade e durante o período de normalidade.

²⁸⁵ Op. cit.

Não havendo sucessão de leis penais no tempo, não há que se falar em ultra-atividade da lei penal temporária, nos termos conceituais apresentados pela doutrina. Como não é caso de ultra-atividade, a lei penal temporária é perfeitamente aplicável aos fatos cometidos durante a sua vigência. Incide aqui o princípio *tempus regit actus*, pois no momento da conduta houve a tipicidade, essa distinta dos tipos penais descritos na lei penal normal ante a presença do elemento temporal que integra o tipo da lei penal temporária.

Indo além, percebe-se que a lei penal temporária não é retirada do ordenamento jurídico, tendo em vista que não fora revogada, pois não houve sucessão de normas, apenas não persiste mais a situação fática justificante. Nesse sentido, apresenta-se equivocado Capez quando define que uma das características da lei temporária é a autorrevogação. Assim, a lei não mais incide para regular fatos cometidos após o lapso temporal nela delimitado, pois não há mais a tipicidade pela ausência da situação de anormalidade, elemento do tipo penal temporário.

Diante das considerações expostas, tem-se que a lei temporária não se reveste de caráter ultra-ativo quando não é sucedida por lei nova. Logo, pela sua própria natureza, em nada viola a garantia constitucional do art. 5º, XL, da Constituição Federal, sendo, portanto, constitucional.

Em contrapartida, se a lei penal temporária for sucedida por uma nova ordem jurídica que de qualquer forma beneficie o réu, deve-se observar o princípio da retroatividade, sob pena de violação da garantia constitucional discutida.

Reconhecendo-se que a lei penal temporária é constitucional, o seu estudo deve ser feito no campo da tipicidade, tendo em vista que a peculiaridade da referida lei reside na existência da situação fática justificante como requisito da tipicidade dos fatos nela descritos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto na presente pesquisa, é oportuno tecer algumas considerações acerca do seu objeto, tendo em vista que, ao longo do desenvolvimento do trabalho, alguns pontos se mostraram mais relevantes para que se pudesse alcançar o objetivo final pretendido sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei penal temporária.

O ordenamento jurídico deve se constituir em um todo unificado e coeso, que se coadune com a norma maior de um Estado: a Constituição. A dinâmica não poderia ser diferente, uma vez que a Carta Magna é que estabelece as regras gerais que devem reger um Estado, bem como os seus fundamentos e as finalidades a serem alcançadas.

Para que a constituição de um Estado cumpra a sua função, deve-se reconhecer a sua superioridade em relação às demais normas do ordenamento jurídico. O respeito pelos seus preceitos vincula a atividade do poder estatal, principalmente no que concerne à atividade legislativa, posto que a criação de qualquer lei deve ser feita sempre sob a observância dos mandamentos constitucionais, sob pena de padecer do vício da inconstitucionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem essa superioridade reconhecida. Assim, considerada pela doutrina como uma constituição rígida, goza de supremacia e rigidez constitucional, ou seja, os preceitos nela insculpidos só são alterados mediante processo diferenciado, mais dificultoso, e que seja extremamente necessário ao acompanhamento da dinâmica social. A par da defesa da ordem jurídica e manutenção da estabilidade constitucional, não se pode ignorar a influência dos fatores sociais na ordem jurídica, posto que a evolução histórica de uma sociedade é fator determinante na evolução do Direito.

Em um Estado Democrático de Direito, como a República Federativa do Brasil, cabe à Constituição a defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, tutelando-os de modo que a sua restrição se dê somente nos casos previstos pela própria Carta ou quando for de extrema necessidade para a defesa de outro direito fundamental. Assim, qualquer restrição ainda deve ser compatível com a Lei Maior.

Assim, a Constituição do Brasil previu nos seus dispositivos direitos e garantias fundamentais que visam à defesa das liberdades individuais, constituindo

alguns dispositivos em direitos subjetivos, garantias e instrumentos à defesa desses direitos. Dentre os quais se encontram o princípio da legalidade e os princípios da irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benéfica.

O princípio da legalidade aduz a imprescindibilidade da lei, em seu sentido formal, para a definição de crimes e estabelecimento de penas, trata-se da reserva absoluta de lei, prevista constitucionalmente. As garantias que do princípio decorrem buscam proteger o indivíduo do uso arbitrário do poder pelo Estado. Revela, em si, a essência da segurança jurídica de que os cidadãos não serão punidos por fato que não era tido como crime ao tempo da conduta. Tem-se aqui a anterioridade da lei penal. De forma clara o princípio da legalidade tem como destinatário os legisladores e órgãos com competência para julgamento, vinculando as suas atividades ao império da lei e, assim, proteger o indivíduo dos abusos estatais e, principalmente, preservar a essência do Estado Democrático de Direito.

Compatível com a anterioridade e reserva legal do princípio da legalidade, o Código Penal adotou a teoria da atividade no tocante à eficácia temporal da lei penal. Ou seja, aplica-se ao fato a lei vigente na época da prática da conduta. Assim, deve existir lei, em sentido formal e ser anterior à conduta para que possa incidir sobre o fato criminoso.

Os princípios constantes no art. 5º, XL da Constituição Federal tratam, basicamente, da eficácia temporal da lei penal quando há uma mudança de concepção jurídica de um fato considerado crime. Esses mandamentos constitucionais revestidos de princípios guardam relação íntima com a sucessão de leis penais no tempo.

Assim, previu o legislador constituinte originário que havendo a necessidade da tipificação de uma conduta ou o agravamento da pena de um crime já tipificado, a lei nova não pode retroagir aos fatos cometidos antes da sua vigência, pois o cidadão tem o direito de ser punido pelo crime nos termos em que conhecia à época da conduta.

Em sentido contrário, havendo a desnecessidade de tipificação de uma conduta ou atenuação da pena, a lei penal nova deve retroagir para beneficiar o agente, pois se o Estado, detentor do poder punitivo, abdica desse poder, é questão de justiça que o indivíduo não seja punido de forma mais severa. Aqui se tem um dos casos de extra-atividade da lei penal e, conseqüentemente, uma clara exceção à teoria da atividade adotada pelo diploma repressivo brasileiro.

A extra-atividade como já ressaltado, implica, indiscutivelmente, a existência de sucessão de leis penais no tempo, e tem como espécies a retroatividade e a ultra-atividade. A retroatividade permite que a lei nova, mais benéfica ao agente infrator, tenha eficácia anterior ao momento da sua vigência para atingir os fatos cometidos sob a égide da lei anterior.

A ultra-atividade enseja que a lei penal ainda tenha aplicabilidade para regular os fatos cometidos durante a sua vigência, mesmo após ter sido revogada. Essa lógica se aplicaria, segundo a doutrina, aos casos da lei penal temporária e excepcional.

O Código Penal, ao disciplinar a lei penal temporária cuidou também de estabelecer o seu caráter ultra-ativo, ensejando a discussão na doutrina acerca da constitucionalidade do referido dispositivo frente ao art. 5º, XL, da Constituição Federal e motivou a presente pesquisa.

Para se chegar à conclusão da inconstitucionalidade/constitucionalidade da lei penal temporária, imperioso se faz a análise de duas situações distintas, que ensejarão resultados diferentes. A averiguação recai, sobre a existência ou não de sucessão de leis penais.

Se após a lei temporária sobrevier uma lei nova, que modifique a ordem jurídica anterior, beneficiando de qualquer forma a situação do agente, não há qualquer margem de dúvida de que deve ser aplicado o mandamento da retroatividade da lei penal mais benéfica, sob pena de violação da garantia constitucional discutida, uma vez que houve sucessão de leis penais no tempo.

O transcurso do lapso temporal da lei temporária não lhe retira a vigência e aplicabilidade, apenas reconhece que a situação fática justificante não mais persiste. Daí, extrai-se que a lei penal temporária não é retirada do ordenamento jurídico e a situação de anormalidade (fator temporal) constitui elemento integrador do tipo descrito na lei penal temporária.

O reconhecimento da não existência da sucessão de leis penais implica na retirada do caráter ultra-ativo da lei penal temporária. Regulando os fatos cometidos durante a sua vigência, a lei penal temporária atende ao princípio do *tempus regit actus*, posto que no momento do cometimento do fato delituoso houve tipicidade e, embora a situação anormal não mais persista no momento da sua aplicação, esta é possível porque a norma temporária não foi excluída do ordenamento jurídico nem sucedida por uma nova lei que beneficie o agente.

Conclui-se, assim, com o presente estudo, que a lei temporária não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade, pois não fere, o preceito delimitado no texto constitucional do art. 5º, XL, que apresenta como pressuposto a sucessão de leis penais no tempo.

Cabe destacar, que com o presente estudo foi possível verificar que, reconhecida a constitucionalidade da lei temporária, a questão mais importante gira em torno da sua tipicidade, posto que o fator temporal, que justifica a sua criação, constitui elemento do tipo penal, tornando os delitos nela descritos, distintos daqueles constantes na lei penal “normal”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASÚA, Luis Jiménez. **Principios de derecho penal: La ley y el delito**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manoel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.
- BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. Trad. André Estefam. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev. simpl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA JR, Paulo José; COSTA, Fernando José. **Curso de direito penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CUNHA Jr., Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

DANIELE, Anna Luísa Walter de Santana. **Interpretação e mutação constitucional**. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: <www.scirus.com>. Acesso em: 27 ago. 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Alex Nunes. **O estado e a aplicação de atos legislativos contrários ao princípio da reserva da lei penal**. 2003. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho, São Paulo, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 2 v.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HOLTHE, Leo Van. **Direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodvim: 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rio, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Klaus. Tomo I. **Derecho penal**: parte general, fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.