

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PENAL E LIBERDADE:

A Tutela Constitucional da Liberdade Como Corolário do Princípio da Reserva Legal Penal

KELSON VERAS SILVA

Biblioteca UESPI - PHB
Região: MB43
CDD: 341.5
CUT: 55867
V: 01
Data: 14.09.12
Visto: Marcelo

Biblioteca — UESPI
Direito

PARNAÍBA-PI

2011

KELSON VERAS SILVA

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PENAL E LIBERDADE:

A Tutela Constitucional da Liberdade Como Corolário do Princípio da Reserva Legal Penal

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí *campus* de Parnaíba-PI, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do(a) Professor(a) Jairon Costa Carvalho.

PARNAÍBA - PI

2011

BIBLIOTECA-UESPI
REGISTRO 332
DATA 22/11/11
DIREITO



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



MONOGRAFIA

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PENAL E LIBERDADE: A TUTELA
CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA
RESERVA LEGAL PENAL

de

KELSON VERAS SILVA

Resultado: APROVADO

PROFESSOR ORIENTADOR JAIRON COSTA CARVALHO

PROFESSOR EXAMINADOR MARIA DA GRAÇA BORGES
DE MORAES CASTRO

PROFESSOR EXAMINADOR PHABLO RODRIGUES DE
OLIVEIRA

Dedicatória

Dedico este trabalho ao meu ex-companheiro de estudos Cícero João Batista da Silva, acadêmico de Direito formando pela Universidade Estadual do Piauí, *campus* de Floriano-PI, pela valiosa influência intelectual e pelos prestativos gestos de amizade, respeito, solidariedade e identidade de ideias.

Às minhas queridas amigas e atuais companheiras de estudos Patrícia Maria Furtado Costa e Pollyana Veras da Silva Silveira, pelas infinitas demonstrações de paciência, carinho e respeito.

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais Antônio José da Silva e Francisca Damasceno Veras Silva, pelo exemplo de vida e pela luta laboral despendida em prol da manutenção dos ideais do conhecimento por mim perseguidos ao longo da minha carreira estudantil.

E aos meus irmãos Klécio Veras Silva e Klécia Veras Silva, pelas manifestações de apoio moral e solidariedade nos momentos de maior dificuldade por mim enfrentados ao longo deste curso de Direito.

“Os advogados de um criminoso, apenas escassas vezes são suficientemente capacitados para aproveitar em favor do réu a terrível beleza do seu ato.” (Friedrich Nietzsche)

“Nada jamais foi tão insuportável para o homem e uma sociedade humana do que a liberdade.” (Dostoiévski)

RESUMO

O presente trabalho, dividido em 06 (seis) capítulos, fora desenvolvido com o objetivo principal de desvencilhar com base na filosofia e na doutrina do Direito, o papel desempenhado pelo princípio da Reserva Legal Penal, na qualidade de garantia fundamental da liberdade, a partir do momento em que o mesmo é alocado como um princípio-pressuposto, em sede de Direito Penal, quando da necessidade de qualificar condutas humanas como criminosas, ou seja, quando da criação de tipos criminais e da previsão de uma pena. Procuramos demonstrar no transcurso desta pesquisa, que a aplicação do referido princípio, tem como corolários básicos, a limitação do poder de império do Estado no exercício do seu direito de punir (*jus puniendi*) e de garantia e extensão do exercício da liberdade pelo indivíduo que usufrua das benesses e características de qualquer Estado que se denomine Democrático de Direito. Além disso, mostramos a íntima relação ideológica existente entre os princípios da reserva legal e da ampla legalidade, ou seja, ao passo que damos ao princípio da reserva legal um tratamento de princípio exclusivo do Direito Penal, tendo em vista a sua relação exclusiva com a criação de delitos e de penas, também lhe oferecemos um tratamento de princípio subsidiário e de espécie englobado pelo princípio da ampla legalidade, o qual se interliga a todas as outras formas de regulamentação de condutas e atos praticados pelo ser humano e pelo poder do Estado em suas variadas vertentes de atuação (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário). De forma dedutiva e sistemática, desenvolvemos um apanhado teórico-doutrinário apto a demonstrar com clareza, as características e a importância dos princípios, sejam eles, princípios gerais do direito ou constitucionais, na qualidade de fontes primárias da ciência do Direito e fatores de garantia do exercício dos mais variados direitos intrínsecos à personalidade do cidadão. Após o esboço deste tópico capitular, expomos a interferência da aplicação destes princípios e suas interrelações científicas com as prerrogativas de existência do Estado Democrático de Direito e a defesa das liberdades públicas como elementos integrantes dos direitos e garantias fundamentais. Especificando as linhas investigativas e tendo por base fontes propedêuticas, trabalhamos a existência do direito à liberdade e como o mesmo está consagrado em nossa Constituição Federal, bem como, de que maneira o seu exercício está garantido no ordenamento jurídico brasileiro, ante as suas diversas formas de manifestações, em especial, como este direito está garantida sob a ótica da aplicação do princípio da reserva legal penal e do constitucionalismo moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio, Legalidade, Delitos, Penas, Liberdade.

ABSTRACT

This work, divided into 06 (six) chapters have been developed with the main objective of disentangling based on the philosophy and doctrine of the Law, the role played by the principle of legal penalty reserve, as a fundamental guarantee of freedom from the time is allocated the same principle as a premise in place of Criminal Law, when the creation of criminal types and the prediction of a punishment. We seek in the course of this research demonstrates that the application of that principle has as a consequence basic limitation of State power in the exercise of its right to punish (*jus puniendi*) and warranty extension and exercise of individual freedom for you to enjoy the spoils and characteristics of any State which is also called Democratic Rule of Law. Furthermore, we show the close relationship between the ideological principles of the legal reserve an exclusive treatment principle of Criminal Law, in view of its exclusive relationship with the creation of offenses and penalties, also offer an alternative treatment principle and sort encompassed by the broad principle of legality, which connects to all other forms of regulation of conduct and acts committed by human beings and the power of the State in its various aspects of performance (Executive, Legislative and Judiciary). Deductively and systematically, we develop a theoretical and doctrinal caught able to clearly demonstrate the characteristics and importance of the principles they, general principles of law or constitutional, as the primary sources of the science of Law and guarantee the exercise of factors of a variety of intricate personality rights of the citizen. After the chapter outline of this topic, we explain the interference of these ethical principles apply their scientific interrelations with the privileges of existence of the Democratic Rule of Law and defense of civil liberties as integral elements of the fundamental rights and guarantees. Specifying lines investigative sources and based on propaedeutic, work the existence of the right to freedom and how it is enshrined in our Constitution, as well as how your practicing is guaranteed in the Brazilian legal system, compared to its various forms of manifestations, in particular, how this right is guaranteed under the light of the principle of criminal and legal reserve of modern constitutionalism.

KEYWORDS: Principle, Legality, Crime, Punishment, Freedom.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
------------------------	-----------

CAPÍTULO I

1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

1.1 Conceito de Princípios.....	19
1.2 Os Princípios e as Normas.....	19
1.3 Da Normatividade dos Princípios.....	20
1.4 Conteúdo dos Princípios Constitucionais Fundamentais.....	22
1.5 Da Juridicidade e Programaticidade dos Princípios.....	23
1.6 Características dos Princípios Gerais do Direito, Princípios Constitucionais e Disposições de Princípios.....	24
1.7 Os Princípios Como Normas-Chaves de Todo o Sistema Jurídico.....	25

CAPÍTULO II

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

2.1 Características e Condições Históricas de Surgimento.....	29
2.2 O Estado Constitucional de Direito e a Segurança dos Direitos do Homem.....	32

CAPÍTULO III

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

3.1 As Liberdades Públicas nas Declarações de Direitos.....	35
---	----

3.2 Elementos jurídicos intrínsecos ao direito à liberdade.....	39
---	----

CAPÍTULO IV

4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

4.1 As Bases Constitucionais do Princípio da Legalidade.....	43
4.2 O Princípio da Legalidade e a Efetivação da Validade das Normas Jurídicas.....	44
4.3 As Leis e Suas Relações Com a Natureza.....	46
4.4 O Princípio da Legalidade Como Precursor dos Limites do Poder do Estado.....	47
4.5 O Princípio da Legalidade e a Divisão Das Leis.....	49

CAPÍTULO V

5 O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PENAL

5.1 Da Sua Previsão Constitucional e Legal no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	50
5.2 O Princípio da Reserva Legal, o Direito Penal e as Constituições.....	50
5.3 Histórico e Fundamentos Jurídicos do Princípio da Reserva Legal Penal.....	53
5.4 O Princípio da Reserva Legal Penal, o Crime e a Liberdade.....	56
5.5 O Princípio da Reserva Legal Penal e a Origem dos Crimes e das Penas na Visão de Cesare Beccaria.....	57

CAPÍTULO VI

6 APANHADO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

6.1 Intróito Discursivo.....	61
6.2 Exposição Temática.....	61

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
----------------------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73
--	-----------

INTRODUÇÃO

A humanidade, ao longo de sua história jurídica, sofreu com características de Estados aversos à concessão de instrumentos aptos a garantir o usufruto de direitos classificados como fundamentais, ante as novas tendências herdadas a partir da idade contemporânea.

Período este, marcado pela massificação dos ideais libertários, assim como, pela consolidação do que hoje se denomina “Estado Democrático de Direito” como um fundamento da supremacia dos direitos individuais e coletivos, disponíveis e indisponíveis.

Em face disso, tem-se como consequência, o enfraquecimento da força do rei-monarca ou líder soberano, até aquele momento absoluto e inquestionável, em prol de uma soberania popular e o surgimento do aspecto humanitário de suas ações, aspectos que o Estado da época em que vivemos subordina-se, em decorrência tanto de um contrato social fundamental, denominado *Constituição*, como de suas *leis gerais* (Lei ordinária, Lei complementar, Decretos etc).

Na Idade Média especificamente, as condutas vistas como criminosas, tinham por base, a incidência dos dogmas religiosos, em última análise, os dogmas impostos pessoal e arbitrariamente pela instituição Igreja Católica.

Instituição dominante à época, que usufruía não só do poder do conhecimento, mas também de forte poder político em conjunto com os Senhores Feudais, e conseqüentemente, detentora do *jus puniendi*, tudo isso, como um resultado da alta fragmentação do Estado na qualidade entidade jurídica legalmente constituída no referido período.

Sua autoridade, estava centrada única e exclusivamente na figura do Papa, que na qualidade de representante de Deus na terra, aplicava as penalidades com fundamento no direito das ordálias, que se consubstanciava em um direito de natureza causalista, tendo na moral da justiça divina, o ponto justificante de sua doutrina e das diversas formas de suplícios, as quais se submetiam os indivíduos considerados criminosos ou hereges neste período.

Como é de praxe, toda e qualquer fase histórica da humanidade, constitui-se em um protesto, em suma, uma contradição a tudo aquilo estabelecido por uma época ou fato social anterior, de modo que as atitudes de qualquer Estado demonstram um reflexo dessa nova ordem jurídica legal a ser promulgada ou outorgada.

Dessa forma, após os aspectos penais ordálicos concentrados na Idade Média, surge o que se denomina Estados Modernos, que ao contrário da Era anterior, arca com a manutenção de um modelo de Estado extremamente concentrado e regulador, e como tal, supressor das liberdades públicas fundamentais.

Seu exercício de autoridade estava ilimitado, pois esse poder discricionário era exercido por um só membro, que acumulava as funções de administrar, legislar e julgar de acordo com o seu alvitre, e, portanto, não se sujeitando à força da legalidade como fundamento da existência do Estado e da garantia da liberdade como base para a cidadania.

Daí a importância de autores como Rousseau, Montesquieu e Beccaria, que formularam em parte, os pressupostos do fortalecimento da democracia, do Estado Democrático de Direito, as funções de poder tripartidas, e, por fim, a consolidação do Direito Penal Humanitário, tal qual nosso país usufrui, com fulcro nas ideologias herdadas desde o início da idade contemporânea, que teve como apogeu a Revolução Inglesa de 1689, a Revolução Americana de 1776 e por fim a Revolução Francesa de 1789.

Conforme o já apresentado, o estabelecimento da ciência do Direito, tal como está consolidada atualmente, adveio do caráter revolucionário do pensamento iluminista do século XVIII, que culminou com a Revolução Francesa de 1789, tendo como consequências, o sepultamento do absolutismo estatal, que massacrava as liberdades individuais e o renascimento do homem como centro do universo e respectivamente da política. Todos estes fundamentos estão abalizados na *liberdade* como princípio, *igualdade* como objetivo e *fraternidade* como consequência das duas anteriores.

Em sede de teoria dos princípios constitucionais e dos princípios gerais do direito, como já é consagrado nesta ciência, devemos convencená-los como a própria etimologia da palavra nos induz a tratar, ou seja:

- 1) O princípio como início do Direito;
- 2) A primeira fonte de uma ciência;

3) A norma que fundamenta;

4) A norma que teoriza todo um arcabouço de ideias, direcionadas a um único ou a vários fins de pesquisa.

Demonstraremos sob uma ótica doutrinária, um apanhado de teorias capazes de comprovar a real função dos princípios constitucionais, bem como, dos princípios gerais do direito em uma perspectiva moderna, transcrevendo de forma específica e minuciosa sobre o seu caráter normativo e cogente, tendo em vista, principalmente, o importante papel que as constituições contemporâneas, assim como as legislações extravagantes vigentes na atualidade lhes conferem, tanto a nível nacional quanto a nível internacional.

Não deixando de enfatizar, a evolução adquirida pelos mesmos em termos de técnica jurídica, pois conforme será demonstrado no desenvolvimento desta obra, os referidos princípios, quanto ao seu aspecto normativo, em face das novas técnicas interpretativas e aplicativas do Direito, saltaram do mero estágio de análise do comportamento e de características do homem como um ser natural, ou seja, de sua fase natural, para findar nos rigores da técnica científica do positivismo jurídico ou até mesmo do pós-positivismo jurídico, conforme pretendem alguns estudiosos da atualidade, ou seja, com essa nova tendência interpretativa, o Direito, deixa de satisfazer uma mera função causalista, típica dos aspectos naturalísticos e pregados em seu estágio histórico inicial (estágio natural), para refletir de forma investigativa e analítica, sobre todos os fatos sociais em seu estágio histórico atual.

E, ao mesmo tempo, analisar, como os mesmos se tornaram instrumentos de satisfação das necessidades finais do homem na qualidade ser individualista, mas que vive em sociedade, submetendo-se este, no entanto, às regras de trato coletivo, e, por conseguinte, inibidoras de uma possível liberdade absoluta, a qual é tida aqui, como sinônimo de livre arbítrio, bem como, analisar, de que forma estes princípios transformam o Direito num instrumento de pacificação social e política, tendo como principal resultado, a paz social e a realização do bem comum.

Especificamente ao nosso tema, desvencilharemos, *a priori*, o papel dos princípios constitucionais, quando de sua aplicação na defesa de bens jurídicos fundamentais.

Analisaremos, também, o fenômeno do surgimento de prerrogativas de proteção aos direitos do homem, sob uma ótica histórica.

Porém, não deixando de valorizar os seus aspectos jurídicos intrínsecos, ante a proclamação dos mesmos à época de seu apogeu revolucionário, tendo em vista,

principalmente, os fatos sociais e políticos ocorridos no século XVIII, em especial, o acontecimento da Revolução Francesa de 1789 com a respectiva promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Declaração esta, tida hoje como um dos documentos jurídicos mais importantes para a investigação científica e a posterior consolidação do Constitucionalismo moderno, tido aqui, como base fundamental, político e jurídico para a constituição de qualquer Estado que se queira qualificar como Democrático de Direito.

Valorizando desde logo, os diversos aspectos analíticos que tais princípios e prerrogativas de proteção do homem propõem à ciência do Direito, demonstrando na prática, como os mesmos adquirem a força garantidora das liberdades públicas, em especial, a liberdade individual *lato sensu*, quando da incidência de um tipo penal qualquer, e, via de consequência, a aplicação de uma pena no ato condenatório, restringindo esta liberdade, a ponto de nos obrigar a fazer ou deixar de fazer algo que sempre usufruímos até então de forma absoluta, em face da aplicação do princípio da *reserva legal penal*.

Princípio até então consagrado em nossa Carta Magna de 1988 (art. 5º, inc. XXXIX), bem como, em nossa legislação ordinária, qual seja, no Código Penal de 1940 e no Código Penal Militar de 1969, ambos em seu art. 1º.

Analisaremos, sobretudo, sob o prisma da mais conceituada Filosofia e da moderna doutrina do Direito Constitucional e Penal existente na academia brasileira, bem como, no retorno ao pensamento de autores internacionais importantes, como Rousseau, Montesquieu e Beccaria, que vivenciaram o período iluminista e dedicaram parte de suas vidas à descrição e ao fomento de um pensamento justo, seguro e acima de tudo, humano.

Ressaltando uma análise do presente trabalho, sob a visão de Hans Kelsen, ilustre teórico do Direito, que trabalhou com bastante afinco, os aspectos do homem e do Estado sob a ótica pura do princípio da legalidade, em sua obra *Teoria Pura do Direito*.

Teoria que apesar de estar fora de seu tempo, devido à evolução dos aspectos sociais, políticos e econômicos, que estão a exigir do Direito e de seus operadores na praxe forense da atualidade, uma análise destes fatores, em detrimento de uma visão dogmática até então seguida, tem servido como sustentáculo para a teorização e à dinamização ora proposta aos princípios gerais do direito, em especial, o princípio da reserva legal penal.

Quando nos referimos ao princípio da reserva legal penal, temos que analisá-lo sob a ótica de princípio específico, englobado por outro princípio de base mais ampla, qual seja, o princípio da legalidade.

Segundo a doutrina constitucional mais consagrada na atualidade, o princípio da legalidade constitui-se precipuamente em um princípio inibidor do poder de polícia do Estado, e, ao mesmo tempo, o fundamento da existência do ato normativo competente (a lei), que deve ser elaborado pelos representantes legitimados a assumir as funções de Estado, para que satisfaça às necessidades de seu poder de império e do bem comum, o qual o povo lhe outorga através de um contrato social, porém, dentro de certos limites, a ponto de o próprio Estado sujeitar-se às sanções deste mesmo poder através de suas leis.

Assim, conforme sugere nosso tema, o princípio da reserva legal penal ou legalidade estrita, está englobado pelo princípio da ampla legalidade, por referir-se estritamente, ao disciplinamento do Estado na qualidade de único detentor do direito de punir (*jus puniendi*), quando da tentativa ou consumação de um comportamento já qualificado como criminoso por um tipo penal qualquer.

Essa descrição nos remete a sua importância essencial na defesa das liberdades individuais e em demasia à liberdade de locomoção, de fazer ou deixar de fazer, exceto quando da aplicação de uma pena já previamente estabelecida.

Pois a liberdade, em sentido amplo, sobrepõe-se a qualquer ato abusivo por parte do Estado, e, em regra, deve ser respeitada por nosso ordenamento jurídico pátrio, que a qualifica, como um dos bens jurídicos mais importantes a ser protegido, em parêntese com o direito indisponível à vida, conforme consagrado em nosso atual art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, em sua sequência redacional.

Em face dos presentes argumentos, de logo, conjuga-se a experiência desse princípio, como um dos pressupostos básicos aptos a constituir o que hoje denominamos Estado Democrático de Direito, principalmente o seu aspecto humanitário na tutela dos direitos de ir e vir, de fazer ou deixar de fazer.

Por esse fundamento lógico e dedutivo, chega-se à conclusão de que o princípio da reserva legal, tal como posto, é o resultado da longa e lenta evolução do Direito Penal Humanitário, hoje consagrado no meio positivista.

E a partir do momento, em que o Estado-Juiz, bem como, o Estado-*Legis*, adquire o direito de enquadrar determinada conduta humana como ilícita, e, logo após, usufruir do direito-dever de puni-lo por tal prática, abalizado nos ditames rígidos e perfeitos exigidos pela lei penal, subjugando-se à supremacia das liberdades individuais, quando da elaboração de um tipo penal qualquer e a conseguinte previsão de uma pena.

Daí o fundamento da existência deste estudo científico, que nada mais almeja, senão, a comprovação em quantidade e qualidade, da força normativa dos princípios constitucionais e da garantia do direito às liberdades públicas, como finalidade das leis gerais e das leis penais em específico.

Com relação às leis penais, estas devem ser uma consequência do princípio da legalidade, em especial, a legalidade estrita ou reserva legal, a qual se funda a existência dos delitos e das penas e a garantia da liberdade de locomoção, de fazer ou deixar de fazer livremente o que se quer como seu corolário único e específico.

Corroborando que a **“reserva de lei”**, conforme a morfologia das palavras **“reserva legal”**, é de fato uma **“reserva de liberdade”**.

Tudo por força da prevalência deste direito em todos os atos cívicos, e o controle social exercido por parte do Estado, devendo atuar em grau de exceção e limitado aos ditames de sua própria legislação, ainda mais, quando exercita o seu poder de polícia punitiva (*jus puniendi*).

O presente trabalho tem como meta, o desenvolvimento teórico-doutrinário do tema ora proposto, de modo que sua profundidade trará ao mundo acadêmico do Direito, um conhecimento suficiente, apesar de inesgotado, sobre as características e fundamentos dos princípios constitucionais, bem como, dos princípios gerais do direito, principalmente sobre o princípio da reserva legal penal.

Em caráter especial, daremos ênfase à importância do princípio da legalidade, mas com o seu foco de desenvolvimento voltado para o princípio da reserva legal, que como sabemos, é um princípio que se dirige aos preceitos da ciência criminal e englobado pelo da ampla legalidade, que se dirige a todos os ramos do Direito.

Os motivos que levaram à proposição deste tema, tendo-o como causa da existência da pesquisa em epígrafe, balizam-se na percepção do presente autor em reconhecer

a primordial importância do princípio da reserva legal para a Ciência do Direito Penal, uma vez que, não há que se falar de existência de crime sem uma lei anterior que o defina, nem de aplicação de qualquer tipo de pena sem uma previsão legal.

Ao mesmo tempo em que percebemos a inércia dos doutrinadores nacionais de uma maneira geral, no sentido de não visualizarem e se aprofundarem no presente tema em análise, que afinal, possui todo um arcabouço ideológico, histórico, filosófico e jurídico, tendo como foco, um único princípio constitucional, qual seja, o da reserva legal.

Antes de tudo, procurando ir além de uma interpretação literal da frase: “*não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal*”, demonstraremos, que para além de uma singela frase, existe a garantia da liberdade individual, como seu corolário precípua.

E não seria para menos, pois as modernas técnicas legislativas e judiciais, tendem no decorrer da evolução do Estado, a exigir dos idealizadores e aplicadores do Direito, o reconhecimento e o zelo incondicionado pelo primado da liberdade individual, como um bem cada vez mais constitucionalizado, em detrimento da decadência do seu poder de império, e, via de consequência, do direito-dever de punir.

Em grau específico, valorizando os aspectos filosóficos e jurídicos que interligam o Direito Penal ao foco do tema estudado, qual seja: *o princípio da reserva legal e a liberdade individual*.

Não se esquecendo da figura do Estado, como entidade que participa diretamente da vida individual de qualquer cidadão quando este utiliza seu ordenamento jurídico para regular as condutas humanas, em especial, as condutas criminosas.

Todo o tema será abordado sob o manto da nossa Constituição Federal e em grau subsidiário, valorizando a legislação ordinária penal existente em nosso país.

Ao se atingir as explicações e esclarecimentos conceituais para o correto direcionamento da pesquisa, principalmente, no estudo dos princípios constitucionais e das liberdades, passaremos a um estudo mais aprofundado com doutrinas jurídicas e filosóficas voltadas especificamente à análise do princípio da reserva legal penal, na qualidade de garante da liberdade individual.

Também serão coletadas e estudadas, decisões judiciais sobre a problemática da tipicidade penal e a extinção da punibilidade, como consequência da aplicação do princípio da reserva legal a casos concretos, o que demonstrará, sem dúvida, que a garantia da liberdade individual é o fundamento de existência deste princípio.

Exporemos decisões de órgãos colegiados nacionais como: Tribunais de Justiça dos Estados (TJs), Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) através de suas publicações via internet, sempre valorizando as de maior relevo jurisprudencial.

CAPÍTULO I

1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

1.1 Conceito de Princípios

A ideia de princípio deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras.¹ Exatamente por isso denominam-se “princípios”, ou seja, porque estão ao princípio”, sendo “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*.”²

No pensamento do jurista espanhol F. de Castro citado por Picazo e Paulo Bonavides respectivamente, “os princípios são verdades objetivas nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.”³

Sendo constantemente fiel a sua linha de pensamento, Bonavides, ainda sugerindo o pensamento de Luiz Diez Picazo, relata o seguinte:

Que, como princípios de um determinado Direito Positivo, têm os mesmos, de um lado, “servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo” e, de outro, de normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis.”⁴

1.2 Os Princípios e as Normas

Em Contraponto, para o Doutrinador José Afonso da Silva:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de Princípio (ou disposição de princípio)⁵, por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático.⁶

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades, a faculdade de realizarem certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.⁷

1 - Luís Diez Picazo *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág. 228.

2 - *Idem*, pág. 229.

3 - F. de Castro *apud* Luís Diez *apud* Picazo Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág. 229.

4 - Luís Diez Picazo *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000., pág. 229.

5 - Vézio Crisafulli *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.91.

6 - José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.91

7-José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.91/92.

E tendo por fundamento as palavras dos catedráticos Portugueses J. J. Gomes Canotilho em Vital Moreira, além de sua contribuição pessoal, José Afonso da Silva dispõe que:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, “são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Mas, os princípios que começam por ser base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos da organização constitucional.⁸

Há, no entanto, quem concebe regras e princípios como espécies de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas.⁹

A compreensão dessa doutrina exige conceituação precisa de normas e regras, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento.¹⁰

Conforme podemos inferir das citações extraídas deste tópico, os autores são de opiniões uníssonas no sentido de reconhecerem que os princípios, por si só, constituem bases essenciais para a constituição dos diversos fenômenos jurídicos, porém, são de opiniões controversas quanto à definição conceitual concreta a ser dada aos mesmos em face da diversidade doutrinária existente na atualidade sobre a temática.

1.3 Da Normatividade dos Princípios

Paulo Bonavides ainda argumenta, sob a orientação de Giur Costit e de Norberto Bobbio, que outro conceito importante de princípio, é aquele formulado pela Corte Constitucional da Itália, numa de suas primeiras sentenças de 1956, vazada nos seguintes termos:

Faz-se mister assinalar, que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico, aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.¹¹

Bonavides observa, que há um defeito capital em todos esses conceitos de princípios: “a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela

8- J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.92.

9- J. J. Gomes Canotilho *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.92

10- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.92

11- Norberto Bobbio *apud* Giur Costit *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág. 229/230

12- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.230.

doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.”¹²

Em seguida o mesmo autor argumenta que:

Deveras útil é a investigação doutrinária feita por Riccardo Guastini, que recolheu da jurisprudência e de juristas diversos, seis distintos conceitos de “princípios”, de todos vinculados a disposições normativas e assim enunciados abaixo expostos:¹³

Em primeiro lugar, o vocábulo “princípio”, diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.¹⁴

Em segundo lugar, os juristas usam o vocábulo ‘princípio’, para referirem-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos.¹⁵

Em terceiro lugar, os juristas empregam a palavra “princípio” para referirem-se a normas (ou disposições normativas) de caráter “programático”.¹⁶

Em quarto lugar, o uso que os juristas às vezes fazem do termo “princípio” é para referirem-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.¹⁷

Em quinto lugar, os juristas usam o vocábulo princípio para designarem normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função “importante e fundamental” no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações, etc).¹⁸

Em sexto lugar, finalmente, os juristas se valem da expressão “princípio” para designarem normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.¹⁹

Posteriormente, Bonavides arremata a sua análise doutrinária, dizendo que:

O texto acima transcrito, extraído da exposição de Riccardo Guastini, compreende todas aquelas variantes do conceito de princípio, considerado à luz de sólidas reflexões feitas ultimamente acerca desse tema. A importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos, não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.²⁰

13 - Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.230.

14 - Riccardo Guastini *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.230.

15 - Idem, pág.230.

E que “a normatividade dos princípios representa, conforme vimos, o traço comum a todas aquelas acepções, sendo, por conseguinte, o vínculo unificador das seis formulações enunciadas.”²¹

Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.²²

1.4 Conteúdo dos Princípios Constitucionais Fundamentais

Importante salientar que com esta obra pretendemos apenas caracterizar os princípios, que se traduzem em normas da Constituição ou que delas diretamente se inferem.

Para José Afonso da Silva citando Jorge Miranda, “a doutrina reconhece que os princípios não são homogêneos e revestem natureza ou configuração diferente.”²³

O mesmo autor, agora trabalhando o pensamento de J. J. Gomes Canotilho, relata “que os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: Os princípios *político-constitucionais* e os princípios *jurídico-constitucionais*.”²⁴

Princípios político-constitucionais – Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, normas-princípio, isto é, “normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares, regulando imediatamente relações específicas da vida social.”²⁵ Manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, segundo Canotilho,²⁶ ou, de outro quadrante, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação, na concepção de Carl Schmitt.²⁶ São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da nossa Constituição Federal.²⁷

Princípios jurídico-constitucionais – São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, os chamados princípios-garantias (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege* – (princípio da reserva legal – grifo nosso), o do devido processo legal, o do juiz natural, o do

16- Riccardo Guastini *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.230.

17 - Idem, pág.230.

18 - Ibidem, pág.231.

19 - Ibidem, pág.231.

20 - Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.231.

contraditório entre outros, que figuram nos incisos XXXVIII a LX do art. 5º da CF).²⁸

Assim, com base em todo o conteúdo até aqui exposto, os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, são de natureza variada, não sendo fácil, pois, fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético.

Os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. Relevam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que os consagram constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas.²⁹

Então, o mais adequado seria chamá-las de normas fundamentais, de que as normas particulares são mero desdobramento analítico.³⁰

Desse modo, temos que realizar a distinção entre princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais de Direito Constitucional:

Os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte,³¹ normas que contém as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional.³²

Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.³³

A ciência do direito constitucional induz da realidade histórico-social os delineamentos básicos, os grandes princípios constitucionais, que servem de base à estruturação do Estado. Os princípios essenciais assim estabelecidos são os *summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo, e daí se justifica a atenção desenvolvida pelos juristas na sua descoberta e elucidação. Eles podem ser reduzidos a um grupo de princípios gerais, nos quais se submetem os princípios derivados, de importância secundária.³⁴

1.5 Da Juridicidade e Programaticidade dos Princípios

21 - Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.231.

22 - Idem, pág.231.

23 - Jorge Miranda *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.92.3

24 - J. J. Gomes Canotilho *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.92/93.

25 - Vézio Crisafulli *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.93.

26 - J. J. Gomes Canotilho *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.93.

27 - Carl Schmitt *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.93.

28 - J. J. Gomes Canotilho *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.93.

29 - J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.94.

30 - José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.94.

31 - J. J. Gomes Canotilho *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.95.

32 - José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.95.

33 - Idem, pág.95.

34 - Pinto Ferreira *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.95

O exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais é indissociável de uma prévia indagação acerca da normatividade dos princípios gerais de Direito, cujo ingresso nas Constituições se faz com força positiva incontestável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais.³⁵

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas.³⁶

Em verdade, fora até então a carência de normatividade, o entendimento a que se abraçava a velha Hermenêutica constitucional, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.³⁷

Impossível deixar de reconhecer, pois, nos princípios gerais de Direito, conforme veremos, a base e o teor da eficácia que a doutrina mais recente e moderna, em voga nas esferas contemporâneas da Ciência Constitucional, lhes reconhece e confere, escorada em legítimas razões e excelentes argumentos.³⁸

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.³⁹

Percebemos aqui, o reconhecimento dado pelos autores, ao primado da existência dos princípios e sua respectiva utilização como fontes prioritárias em relação à formação de qualquer ordenamento jurídico.

1.6 Características dos Princípios Gerais do Direito, Princípios Constitucionais e Disposições de Princípios

Os princípios constitucionais têm se preocupado, sobretudo, em estabelecer os limites de eficácia de tais normas, cujo excesso de generalidade as insere, segundo certos juristas, numa categoria especial, isto é, num tipo à parte, sem que isso invalide, em absoluto, o título de normatividade que já lhes foi outorgado pela doutrina dominante.⁴⁰

Domenico Farias citado por Paulo Bonavides, acrescentando a característica da “fecundidade” aos princípios gerais do Direito, descreve o seguinte:

“Uma ideia, todavia, retorna com frequência, se não exclusiva, decerto preponderante: os princípios são alma e o fundamento de outras normas. Substancialmente é a ideia de fecundidade do princípio aquela que se acrescenta à de mera generalidade.”⁴¹

36- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.231.

37- Idem, 232.

38- Ibidem, pág.232.

39- Ibidem, pág.232.

40- Ibidem, pág.245.

41- Domenico Farias *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.245/246.

A forma jurídica mais definida mediante a qual a fecundidade dos princípios se apresenta é, em primeiro lugar, a, função interpretativa e integrativa. O recurso aos princípios se impõe ao jurista para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para suprir-lhe o silêncio. Antes ainda das Cartas Constitucionais, ou, melhor, antes que, sob o influxo do jusnaturalismo iluminista, máximas jurídicas muito genéricas se difundissem nas codificações, o recurso aos princípios era já uma necessidade para interpretar e integrar as leis.⁴²

Mas a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade.⁴³

Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda máxima. Ali, pairam ainda numa região abstrata e têm aplicabilidade diferida; aqui, ocupam um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata.⁴⁴

É unicamente nesta última fase, que se faz exequível colocar no mesmo plano discursivo, em termos de identidade, os princípios gerais, os princípios constitucionais e as disposições de princípio.⁴⁵

1.7 Os Princípios como as Normas-Chaves de Todo o Sistema Jurídico

Conforme observaremos neste tópico monográfico, demonstraremos com base na doutrina contemporânea do Direito, a relação existente entre a função material dos princípios e sua penetração no seio dos fatores sociais, os quais são impulsionadores dos direitos garantidos a nível de Constituição.

A “jurisprudência dos valores”, que é a mesma “jurisprudência dos princípios”, se interpenetra com a “jurisprudência dos problemas” e domina o constitucionalismo contemporâneo.⁴⁶

Com relação à afinidade das duas escolas ou direções jurisprudenciais acima citadas – a dos valores ou princípios e a dos problemas – o Catedrático Português, J. J Gomes Canotilho citado por Paulo Bonavides, já na década de 70 do século passado, exprimia o seguinte pensamento:

Claro que não bastará uma relação material dos *topoi* com problemas; é preciso encontrar medidas de valoração dos pontos de vista possíveis, ou seja, determinar as medidas de relevância, os princípios selecionadores dos *topoi* incidentes sobre o problema. É esta a intenção da moderna problemática dos princípios de interpretação da Constituição. Deve notar-se a divergência comum da jurisprudência valorativa e da jurisprudência tópica neste ponto concreto. Como vimos, a jurisprudência dos

42- Domenico Farias *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.246.

43- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.246.

44- Idem, pág.246.

45- Ibidem, pág.246.

46- Ibidem, pág.255.

interesses, procurava através do sistema de valores, uma unidade integrante e ordenadora; agora é a jurisprudência tópica que, para não cair no casuismo dos *topoi*, procura medidas de relevância capazes de estabelecer uma certa unidade sistemática. A ideia de sistema não é, porém, a ideia do sistema fechado de conceitos do *pandectismo*, mas, a de um sistema aberto e flutuante, mais de natureza *teleológica* do que de natureza *lógica*.⁴⁷

Os princípios têm, desse modo, contribuído soberanamente para a formação de uma terceira posição doutrinária verdadeiramente propedêutica; a uma teoria dos princípios, que intenta estorvar no campo constitucional, as ressurreições jusnaturalistas e, ao mesmo passo, suprimir o acanhamento, a estreiteza e as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à retaguarda, velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para dilucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia.⁴⁸

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos da Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo, corroboram essa tendência irreversível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.⁴⁹

Seguindo Bonavides, citando Vézio Crisafulli, brada contra aquilo que lhe parece a distorção contemporânea das normas programáticas da Constituição, ou seja:

A figura dogmática dessas normas, empregadas para tolher a juridicidade da Constituição ou, na mais branda das hipóteses, para restringir a imperatividade efetiva e a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, frustrando às expensas dos cidadãos, as garantias solenemente proclamadas da Constituição.⁵⁰

Quanto ao tratamento dado aos princípios, quando trabalhado o aspecto normativista na contemporaneidade, comungamos com pensamento de que, “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.”⁵¹

A demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa se faz necessária; supremacia que não é unicamente formal, mas, sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.⁵²

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o *regimen*, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.⁵³

A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina

47- J. J. Gomes Canotilho *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.256.

48- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.256

49- *Idem*, pág.257.

50- Vézio Crisafulli *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.257/258.

51- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.259.

52- *Idem*, pág.259.

53- *Ibidem*, pág.260.

54- *Ibidem*, pág.260.

reconhece e a experiência consagra. Consagração observada de perto na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes aquela jurisprudência principal.⁵⁴

Essa jurisprudência tem feito a força dos princípios e o prestígio de sua normatividade – traço coetâneo de um novo Estado de Direito, cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios.⁵⁵

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos, se torna cada vez mais evidente, sobretudo, se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio, com que fundamenta na Hermenêutica dos tribunais, a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.⁵⁶

Como vão longe os tempos em que os princípios alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à “questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico”, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios!⁵⁷

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.⁵⁸

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convergem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.⁵⁹

No dizer de Gordilho Cañas, também citado por Paulo Bonavides:

“A Constituição incorpora uma “ordem objetiva de valores”, a qual acontece desde que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade entram a figurar como esteios da “ordem política e da paz social.”⁶⁰

A Constituição faz transparecer com os princípios uma “superlegalidade material” e se torna simultaneamente, fonte primária do ordenamento e ao mesmo tempo sua fonte subordinada: ao obter este sua primária expressão reflexa, se declara derivado e subordinado à ordem dos valores socialmente professados.⁶¹

E que a Constituição aparece também como:

55- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.260.

56- Idem, pág.260.

57- F. C. de Diego *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.260.

58- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.260.

59- Idem, pág.260/261

60- A. Gordilho Cañas *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.261.

61- Idem, pág.261.

Gérmén principal do ordenamento, e é elemento que faltava para a explicação acabada e satisfatória da teoria das fontes.” Enfim, “a Constituição, ao mesmo tempo que fonte primária em sua consideração formal, é fonte material ou de conteúdo”, porquanto – não só assinala o *ubi jus*, senão que indica também o *unde jus*, ou seja, onde o Direito se localiza e donde o Direito procede.⁶²

As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fazem no século XXI: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valorização normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística, se de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.⁶³

A teoria dos princípios, porfiando contra o arbítrio, em verdade, busca fazer com que eles se compadeçam com a normatividade e o exercício do poder, de conformidade com as mais arraigadas exigências da natureza humana, dando assim, uma nova versão de legitimidade à ordem jurídica com fundamento na Constituição.⁶⁴

62- Paulo Bonavides *apud* A. Gordilho Cañas, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.261.

63- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ano 2000, pág.264.

64- *Idem*, pág.264.

CAPÍTULO II

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

2.1 Características e Condições Históricas de Surgimento

Feita esta análise acerca da teoria dos princípios constitucionais e dos princípios gerais do Direito, passaremos agora à problemática da existência do Estado Democrático de Direito e a defesa dos Direitos fundamentais da pessoa humana.

Em todas as épocas, o ser humano tem reconhecido os mesmos valores (liberdade, igualdade, dignidade humana, etc). O que tem acontecido, entretanto, é que, diante de certas condições históricas, alguns desses valores foram temporariamente obscurecidos. Num período de guerras constantes, por exemplo, a preocupação com a segurança leva uma sociedade de pessoas a aceitar restrições no seu direito de liberdade. Foi dentro de condições desse tipo que muitos legitimaram o absolutismo ou a rejeição dos servos nos feudos medievais. Vale, porém, observar que aquelas pessoas revestidas de uma dignidade heróica, mesmo em situações como essas, lutavam por afirmar o seu valor como ser humano, e, superadas essas circunstâncias excepcionais, todos voltavam a reclamar os direitos cujo exercício havia sido temporariamente renunciado.⁶⁵

O que tem sido chamado de Estado Democrático de Direito é aquela sociedade politicamente organizada que exige o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, enquanto também se pode dizer que os direitos fundamentais reclamam a existência do Estado Democrático de Direito. Há, portanto, aqui, uma relação dialética.⁶⁶

O Estado Democrático de Direito está assentado sobre três princípios de base antropológica comum: o princípio de Estado de Direito, o princípio do Estado Social e o princípio Democrático. Assim, no Estado Democrático de Direito, reconhece-se a dignidade da pessoa humana e a autonomia individual diante do Estado (princípio do Estado de Direito), faz-se a inserção do homem livre num processo democraticamente comunicativo (princípio Democrático) e se procura possibilitar a garantia existencial do indivíduo nos planos social, econômico e cultural (princípio do Estado Social).⁶⁷

Conforme se observa ante os enunciados acima expostos, a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana no decorrer da evolução política do Estado, em especial, com a atual configuração do que hoje se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito, tende a ser firmada com a consagração do exercício das liberdades públicas individuais ou coletivas, o que por via de consequência, trará a baila, a ratificação dos ideias

65- Glauco Barreira Magalhães Filho, *A Essência do Direito*, ano 2003, pág.45.

66- Idem, pág.45.

67- Ibidem, pág.45/46.

constitucionalistas pregados no período revolucionário do século XVIII e seguidos na atualidade pelos ordenamentos jurídicos de base social e democrática.

Glauco Barreira Magalhães Filho, trabalhando doutrinariamente as bases essenciais do Direito e interligando o fenômeno dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana à existência e configuração do Estado democrático de Direito, dispõe o seguinte:

Os direitos fundamentais também estão vinculados à existência humana, pois a fruição concreta deles é a realização, no plano temporal, da nossa humanidade. Possuímos esses direitos porque somos seres humanos, e, seremos tanto mais humanos quanto mais tivermos os direitos fundamentais concretizados efetivamente.⁶⁸

É exatamente por causa dessa dupla face dos direitos fundamentais (essência/existência), que eles aparecem como direitos negativos e positivos. Os direitos individuais evidenciam-se, com maior nitidez, como direitos à abstenção de atividades estatais tendentes a tolhê-las. Os direitos sociais são predominantemente positivos, são poderes, aparecendo como direitos a prestações positivas do Estado. No último caso, o Estado se obriga a criar condições propícias para a fruição de tais direitos, removendo, concomitantemente, os obstáculos à obtenção desses benefícios.⁶⁹

Posteriormente, o citado autor, em sequência redacional, observa:

Que a limitação da atividade do Estado pelo Direito Natural, assim como, a sua orientação para o bem comum, foram reconhecidas em muitas obras da Antiguidade Clássica e da Idade Média.⁷⁰

Na poesia grega, como a Antígona de Sófocles, já se via a clara percepção de um Direito superior limitativo das atividades dos governantes. Nessa tragédia, o rei Creonte determina que se deixe insepulto o corpo de Polinices, irmão de Antígona. Antígona desobedece a ordem do rei, afirmando ser ela abusiva e contrária a um preceito superior dos deuses.⁷¹

Ainda prosseguindo com o pensamento de Glauco Barreira, que realizando uma análise temporal, no interregno compreendido entre a Idade Média e a Idade Contemporânea, sobre as características políticas dos Estados nas referidas épocas. E correlacionando as suas respectivas participações nos aspectos sociais nas sociedades as quais estavam inseridos, bem como, de que forma os mesmos planejavam a concessão ou não de direitos fundamentais aos seus cidadãos, e de forma recíproca, como os seus governantes eram induzidos a atuarem por meio de suas leis e como se sujeitavam às mesmas, transcreve as seguinte informações:

68- Glauco Barreira Magalhães Filho, *A Essência do Direito*, ano 2003, pág.46.

69- Idem, pág.47.

70- Ibidem, pág.47.

71- Ibidem, pág.47.

No período medieval, em muitos lugares, se reconheciam Leis do Reino acima das Leis do Rei.⁷²

O grande problema era que, no caso de o Rei violar tais normas, não havia um remédio institucional para detê-lo ou puni-lo pelo seu ato. Alguns defendiam a Teoria do Direito Divino dos Reis, segundo a qual, o rei somente respondia perante Deus pela sua violação ao Direito Natural. Outros propunham o direito de resistência, cujos titulares seriam a sociedade como um todo e cada pessoa em particular. Acontece que, em certas situações, a resistência conjunta poderia causar um maior prejuízo do que a aceitação passiva da injustiça, razão pela qual era considerada uma medida cuja adoção ficava reservada a casos extremos.⁷³

Tanto na Grécia como na Idade Média, se reconhecia que a finalidade da sociedade política era o bem comum. Assim, o conceito de soberania (autarkeia) era finalístico. O Estado era soberano não para a execução de qualquer propósito definido pelo governante, mas para aquilo que era próprio de sua natureza, a razão de sua existência, ou seja, o bem comum.⁷⁴

O grande problema do período clássico e medieval é que se reconheciam os deveres do rei, mas deles não se inferiam os direitos dos cidadãos para exigir o cumprimento dessas obrigações, antes, admitia-se unicamente a possibilidade de se resistir através da luta, o que só poderia ser validado quando a reação triunfasse. Foi preciso o advento de condições históricas que se tornaram possíveis através da ênfase dada pelo Renascimento e pela Reforma ao valor da pessoa humana, para que se concluísse o óbvio, ou seja, que os deveres do Estado são correlatos aos direitos dos indivíduos, e os direitos só tem sentido quando originam a exibibilidade de comportamento. Com a consagração desses direitos em Constituições, a luta por eles tomou a vestidura do movimento constitucionalista.⁷⁵

Certamente o que se deduz ante as presentes informações, é que o âmbito das possíveis consumações das políticas públicas dos Estado nos períodos ora analisados, davam-se apenas no âmbito da imaginação ou das meras formalidades intrínsecas ao conteúdo dos respectivos atos legais que porventura regulamentavam atuação do Estado e dos respectivos governantes, estando afastada, no âmbito do pragmatismo político, a consumação da realização do bem comum e do bem estar social, apesar de permanente ser a preocupação com tais fatores no plano da imaginação das cartas respectivas Cartas Políticas dos referidos Estados e dos ideias filosóficos que já dominavam tais épocas.

Por intermédio da recepção dos direitos fundamentais no seu conteúdo, a Constituição foi deixando de ser um mero documento de organização do Estado, para se tornar um instrumento regulador da convivência harmônica entre o indivíduo, a sociedade e o Estado, sendo que, numa fase inicial, o indivíduo estava acima do Estado e da sociedade como medida de valor (liberalismo), e, na segunda fase, a sociedade elevou-se ao lado do indivíduo perante o Estado (Estado Social). Assim, têm-se entre os direitos fundamentais, tanto direitos individuais como direitos sociais. Os direitos sociais são garantias da realização igualitária e, portanto, não elitizada dos direitos individuais. Os direitos individuais são inferidos da razão abstrata ou pura através de intuições básicas, enquanto os direitos sociais são

72- Glauco Barreira Magalhães Filho, *A Essência do Direito*, ano 2003, pág.47.

73- *Ibidem*, pág.48.

74- *Ibidem*, pág.48.

75- *Ibidem*, pág.49.

concluídos pela razão histórica e concreta a partir de necessidades temporais empiricamente constatáveis.⁷⁶

Já F. G. Jayme citado por Glauco Barreira Magalhães Filho relata o seguinte:

A evolução da noção de Constituição representou a superação do entendimento de que ela seria apenas o ordenamento jurídico do Estado para se converter em norma de toda a sociedade. Ao seu texto foram incorporados os direitos fundamentais, considerados o ponto nuclear do ordenamento constitucional.⁷⁷

2.2 O Estado Constitucional de Direito e a Segurança dos Direitos do Homem

Neste tópico, demonstraremos em que termos históricos e, posteriormente, com base em quais fundamentos jus filosóficos, aconteceu a evolução das características políticas do Estado contemporâneo, a ponto de podermos decifrar, quais são as peculiaridades inerentes a este mesmo Estado nos moldes do Direito Constitucional e como este se adapta à ideia da garantia dos Direitos Fundamentais do Homem como método de segurança.

Desenvolvendo esta vertente doutrinária sob uma ótica sobretudo humanitária, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, oferece as seguintes conclusões:

O Estado contemporâneo nasce, no final do século XVIII, de um propósito claro, qual seja, o de evitar o arbítrio dos governantes. A reação de colonos ingleses na América do Norte e a insurreição do terceiro estado na França tiveram a mesma motivação: o descontentamento contra um poder que – ao menos isso lhes parecia – atuava sem lei nem regras.⁷⁸

Assim, a primeira meta que visaram, na reformulação institucional realizada depois da vitória das respectivas revoluções, foi estabelecer um “governo de leis e não de homens”, como está na Constituição do Estado de Massachusetts (art. 30).⁷⁹

Surge então o Estado de Direito (que na França tem seu início obscurecido pelo tumulto do conflito político até Napoleão, ou quiçá até a Restauração).⁸⁰

O Estado de Direito significa, que o Poder Político está preso e subordinado a um Direito Objetivo que exprime o justo. Tal Direito – na concepção ainda prevalecente no século XVIII, cujas raízes estão na antiguidade greco-romana – não era fruto da vontade de um legislador humano, por mais sábio que fosse, mas sim da própria natureza das coisas.⁸¹

Na verdade, o legislador humano – e isto se aplica ao Poder Legislativo da doutrina da Separação dos Poderes – apenas declara a lei, não a faz.⁸² E isto tendo em vista a

76- Glauco Barreira Magalhães Filho, *A Essência do Direito*, ano 2003, pág.49/50

77- Fernando G. Jayme *apud* Glauco Barreira Magalhães Filho, *A Essência do Direito*, ano 2003, pág.50.

78- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.01.

79- Idem, pág.01.

80- Ibidem, pág.02.

81- Ibidem, pág.02.

82- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.02.

83- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.02.

utilidade comum, conforme se depreende do art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁸³

A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta, como Lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela, busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem.⁸⁴

Consequentemente, essa Constituição regula a declaração do Direito pelo Legislativo e sua aplicação não contenciosa pelo Executivo e contenciosa pelo Judiciário. Como Lei Magna, impõe-se a todos os atos de todos os Poderes.⁸⁵

Destarte, o Estado de Direito é um Estado Constitucional, poder-se-ia dizer mais explicitamente, se necessário fosse, Estado Constitucional de Direito.⁸⁶

A coordenação tem de vir da lei. A lei põe-se, assim, como o instrumento de coordenação das liberdades.⁸⁷

No pensamento político setecentista, a declaração de direitos, por um lado, explicita os direitos naturais, por outro, como já se apontou, enuncia as limitações destes, que são admitidas a bem da vida em sociedade.⁸⁸

Não é por mera coincidência que cada uma das antigas colônias inglesas da América do Norte, ao romper seus laços com a metrópole, tem o cuidado de formular, desde logo, a sua declaração de Direitos. Não é por capricho, que essas colônias adotam declarações (a primeira, da Virgínia, em 1776), antes de estabelecer as próprias Constituições, e muito antes de se unirem pelas instituições confederativas (em 1781) e federativas (em 1787), com a Constituição dos Estados Unidos da América.⁸⁹

O mesmo ocorre em relação a esses Estados quando se unem. Primeiro vem a declaração de direitos, no caso embasando a própria declaração de independência (1776), bem antes, portanto, da vigência dos Artigos da Confederação (1781) e promulgação da Constituição da Filadélfia (1787).⁹⁰

E o mesmo ocorreu na França. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é de 1789; a primeira Constituição, de 1791.⁹¹

84- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.03.

85- Idem, pág.03.

86- Ibidem, pág.03.

87- Ibidem, pág.05.

88- Ibidem, pág.05.

89- Bernard Schwartz *apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.05.

90- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.05.

91- Idem, pág.05.

Só mais tarde, por economia de tempo e trabalho, é que se passou a estabelecer num mesmo documento a declaração de Direitos (o pacto social) e a Constituição (o pacto político).⁹²

Da análise das declarações científicas acima prestadas, podemos inferir que a segurança prestada pelos Estados contemporâneos aos seus cidadãos, quando da concessão de direitos e de garantias aptas a garanti-los no âmbito de seus respectivos históricos de formação, partiram do pressuposto de que o exercício das liberdades públicas fundamentais deveriam ser vistas de forma anterior e prevalente ao âmbito de atuação do Estado, na qualidade de detentor do poder de império, que até então atuava de forma arbitrária, concentrada e supressora de qualquer tipo direitos ou garantias fundamentais.

E que no âmbito das grandes conquistas ideológicas, consumaram a derrocata dos modelos de Estados conservadores e a instituição dos Estados contemporâneos, hoje denominados Estados Democráticos de Direitos por meio da proclamação das diversas Declarações de Direitos, que posteriormente os seus conteúdos legais vieram a se agregarem e a se positivarem no âmbito das constituições modernas.

92- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.06.

CAPÍTULO III

3. DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

3.1 As Liberdades Públicas nas Declarações de Direitos

Tendo em vista as características de desenvolvimento proposto ao nosso trabalho, bem como, os seus objetivos já traçados, passaremos agora ao estudo doutrinário dos fundamentos jurídicos que estão a envolver as liberdades públicas, em especial, as liberdades individuais garantidas em nível de Constituição e sua conexão com os instrumentos processuais e materiais aptos a lhe garantir, na condição de um dos bens jurídicos mais importantes assegurados em nosso ordenamento, evocando os principais fatores históricos e doutrinários relacionados ao presente caractere monográfico, em especial, com uma análise bibliográfica sobre a contribuição da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proclamada à época da Revolução Francesa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de Agosto de 1789 é a mais famosa das declarações. Por força do preâmbulo da Constituição de 1958 – como ocorria em 1946 – está ela em vigor na França. Integra o chamado “*bloc de constitutionnalité*”, em face do qual opera o controle de constitucionalidade efetuado pelo Conselho Constitucional.⁹³

Sua importância, entretanto, não advém disso, decorre de ter sido por um século e meio o modelo por excelência das declarações, e ainda hoje merecer o respeito e a reverência dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do Homem.⁹⁴

Sua primazia entre as declarações vem exatamente do fato de haver sido considerada como modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal. Daí a sua incontestável influência sobre as declarações que, seguido essa orientação, se editaram pelo mundo afora até a primeira Guerra Mundial.⁹⁵

Realizando uma análise histórica sobre o contexto político e social existente no cenário mundial, quando do surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Manoel Gonçalves Ferreira Filho dispõe e desde já dando razão a outros doutrinadores que assim pensam, que a Declaração de Direitos acima mencionada, não foi a primeira a ser constituída no mundo, apesar de sua magnífica contribuição e importância para a consolidação dos aspectos de constituição do Estado contemporâneo.

93- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.19.

94- Idem, pág.19.

95- Ibidem, pág.19/20.

De fato, não foi ela a que mais cedo veio à luz: foi a Declaração dos Direitos editada pela Virgínia em 12 de junho de 1776, antes mesmo da independência das treze colônias inglesas da América do Norte. Esta somente foi estabelecida pela Declaração de 04 de julho de 1776, que contém igualmente o reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos. E depois desta, o exemplo da Virgínia foi seguido pelos novéis Estados independentes, antes mesmo de adotarem suas constituições políticas e a instituição da Confederação, cujos artigos foram adotados em 15 de novembro de 1777, mas entraram em vigor depois da ratificação necessária por todos os Estados em 1º de março de 1781, bem como, da adoção da Constituição promulgada em 17 de setembro de 1787, contudo em vigor a partir de 29 de maio de 1790, quando alcançou as ratificações indispensáveis.⁹⁶

As declarações americanas influenciaram, sem dúvida, o curso dos acontecimentos franceses, pois eram conhecidas dos revolucionários que muito as apreciavam. Na verdade – como era de se esperar – as declarações americanas aproximavam-se do modelo inglês, preocupando-se menos com o Homem e seus direitos do que com os direitos tradicionais do cidadão inglês – julgamento do júri, participação política na assembleia, consentimento na tributação. Nisso, aliás, tem o mérito de armar o indivíduo com instrumentos de garantia de seus direitos, o que não ocorre na declaração francesa. Esta, contudo, teve por si o esplendor das fórmulas e da língua, a generosidade de seu universalismo. Por isso, foi preferida e copiada, ainda que frequentemente seus direitos ficassem letra morta.⁹⁷

O citado autor, dando sequência lógica à sua linha de pensamento, apresenta os seguintes argumentos em defesa da objetividade e da influência ideológica que tais declarações de direitos obtiveram e ainda obtem com relação à formação das Constituições modernas, vejamos:

Se do ângulo doutrinário, a Declaração é a renovação do pacto social, o seu preâmbulo é bastante claro ao apontar a finalidade última e o objetivo imediato do texto.⁹⁸

A finalidade é, em última análise, proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo, e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. O objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais, “recordando-os” deles.⁹⁹

E após concatenar os objetivos e fundamentos jurídicos, políticos e sociais inerentes à formação de tais declarações, bem como, a sua importância para a constituição dos Estados, hoje denominados de Democráticos de Direitos, o mesmo Manoel Gonçalves Ferreira Filho transpõe em sua obra, as características inerentes e vinculadas aos Direitos e Garantias previstos no texto dos referidos diplomas, conforme podemos observar abaixo.

96- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, pág.20.

97- Idem, pág.20.

98- Ibidem, pág.21.

99- Ibidem, pág.21.

Trata-se de uma declaração, enfatize-se. Os direitos enunciados não são aí instituídos, criados, são “declarados”, para serem recordados.¹⁰⁰

Ora, declaração presume preexistência. Esses direitos declarados são os que derivam da natureza humana, são *naturais*, portanto.¹⁰¹

Ora, vinculados à natureza, necessariamente são abstratos, são do Homem, e não apenas de franceses, de ingleses etc.¹⁰²

São *imprescritíveis*, não se perdem com o passar do tempo, pois se prendem à natureza imutável do ser humano.¹⁰³

São *inalienáveis*, pois ninguém pode abrir mão da própria natureza.¹⁰⁴

São *individuais*, porque cada ser humano é um ente perfeito e completo, mesmo se considerando isoladamente, independentemente da comunidade (não é um ser social que só completa na vida em sociedade).¹⁰⁵

Por essas mesmas razões, são eles *universais* – pertencem a todos os homens, em consequência estendem-se por todo o campo aberto ao ser humano, potencialmente o universo.¹⁰⁶

Em face das características de conteúdo presente na referida Declaração, podemos classificar os direitos ali existentes em duas grandes categorias.

A primeira é a dos direitos do Homem. Estes são liberdades. Ou seja, poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado.¹⁰⁷

Aí se incluem a liberdade em geral (arts. 1º, 2º e 4º), a segurança (art. 2º), a liberdade de locomoção (art. 7º), a liberdade de opinião (art. 10), a liberdade de expressão (art. 11) e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens) (arts. 2º e 17). E seus corolários: a presunção de inocência (art.9º), a legalidade criminal (art. 8º), a legalidade processual (art. 7º). Afora, a liberdade de resistir à opressão (art. 2º), que já se aproxima dos direitos do cidadão.¹⁰⁸

100- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.22.

101- Idem, pág.22.

102- Ibidem, pág.22.

103- Ibidem, pág.22.

104- Ibidem, pág.22.

105- Ibidem, pág.23.

106- Ibidem, pág.23.

107- Ibidem, pág.23.

108- Ibidem, pág.23

Dando sequência ao conteúdo deste capítulo, é correto inferir, que trabalhar a ideia da liberdade individual, equivale a buscar o sentido e a dimensão transcendental da eficácia dos direitos fundamentais, bem como, aprofundar-se de forma propedêutica no âmago da investigação científica das gerações evolutivas dos Direitos.

Na visão contemporânea, as liberdades públicas, ou, como por muito tempo a elas se chamou no Brasil, os direitos individuais, constituem o núcleo dos direitos fundamentais. A eles – é certo – se agregaram primeiro os direitos econômicos e sociais, depois os direitos de solidariedade, mas estes outros direitos não renegam essas liberdades, visam antes a completá-las.¹⁰⁹

Em termos técnico-jurídicos, essas liberdades são direitos subjetivos. São poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos. E, eventualmente, a entes a eles assinalados.¹¹⁰ Porém, são direitos subjetivos oponíveis ao Estado. Isto, antes de 1789 era desconhecido no direito positivo.¹¹¹

O sujeito passivo desses direitos são todos os indivíduos que não o seu titular, a que se acrescentam todos os entes públicos ou privados, inclusive e especialmente o Estado. Com efeito, este era visto, em 1789, como o inimigo das liberdades e seguramente ainda o é, potencialmente ao menos. É ele quem, na prática diuturna, pode prender, censurar, confiscar a propriedade etc.¹¹²

O objeto dos mesmos é uma conduta. Agir ou não agir, fazer ou não fazer. Usar ou não usar. Ir, vir ou ficar.¹¹³

Esses direitos-liberdades, graças ao reconhecimento, ganham proteção. São garantidos pela ordem jurídica, pelo Estado. Isto significa passarem a gozar de coercibilidade. Sim, porque, uma vez reconhecidos, cabe ao Estado restaurá-los coercitivamente se violados, mesmo que o violador seja órgão ou agente do Estado.¹¹⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de forma categórica propõe alguns enunciados doutrinários e de forma concomitante o fundamenta em um dispositivo legal previsto na Declaração de 1789, com as seguintes características:

Na verdade, o Estado contemporâneo nasce, como se viu, de uma filosofia política que o justifica exatamente pela necessidade de dar proteção aos direitos fundamentais. Lembre-se do art. 2º da declaração de 1789: O fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem.¹¹⁵

Mais ainda, o constitucionalismo exige que o Estado se organize em função dessa finalidade. É o que deriva da noção de Constituição, enunciada no art. 16 da

109- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.28.

110- Idem, pág.28.

111- Manoel Gonçalves Ferreira Filho *apud* Jellinek *apud* Worms, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.29.

112- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.29/30.

113- Idem, pág.30.

114- Ibidem, pág.31.

115- Ibidem, pág.31.

Declaração citada. Nele, com efeito, é exigida da Constituição a garantia dos direitos fundamentais. Tal garantia tem várias faces.¹¹⁶

Dos direitos acima resulta ser o regime “repressivo” o normal das liberdades públicas. É o que se dá à liberdade de locomoção, à expressão do pensamento etc.¹¹⁷

Caracteriza-se por deixar ao titular, o direito livre e incondicionado para exercê-lo – dentro dos eventuais limites traçados pela Constituição ou pela Lei – sujeitando-se a sanções, todavia, pelas violações a esses limites, e mesmo abusos que cometer.¹¹⁸

Tal regime é extremamente favorável para o titular do direito, que pode exercitá-lo sem delongas, sem estar adstrito a formalidades, bem como tem a certeza de que, respeitando os limites previstos, não ocorre risco na sua segurança.¹¹⁹

3.2 Elementos Jurídicos Intrínsecos ao Direito à Liberdade

José Afonso da Silva, trabalhando de forma objetiva e ao mesmo tempo, com os detalhes necessários à descrição das diversas formas de liberdade em sua obra positivista, relata o seguinte:

Não cabe aqui discutir a fundo as bases filosóficas do problema da liberdade num trabalho de Direito Positivo. Contudo, alguma coisa deve ser dita a esse propósito, que esteve, no mais das vezes, sujeito a considerações idealistas (sentido filosófico) e metafísicas, que mais confundiram que esclareceram. O debate correlaciona liberdade e necessidade. Opunha-se uma à outra. Uns negavam a existência de liberdade humana, afirmando uma necessidade, um determinismo absoluto; outros, ao contrário, afirmavam o livre-arbítrio, liberdade absoluta, negando a necessidade. Ora, de um lado, a liberdade era simples desvio do determinismo necessário; de outro, desvio daquela.¹²⁰

Essas posições colocam o homem fora do processo da natureza. Mas é necessário resolver o problema a partir da consideração de que o homem faz parte dela. Está, por isso, sujeito às leis objetivas da natureza. Mas, além disso, ele é também social.¹²¹ “é criador e produto da história e suas relações com a natureza, seu conhecimento da natureza e sua ação sobre ela estão condicionados por suas relações sociais com os outros homens.”¹²²

116- Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, ano 2009, pág.31/32.

117- Idem, pág.35.

118- Ibidem, pág.35.

119- Ibidem, pág.35.

120- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.230/231.

121- Idem, pág.231.

122- Roger Garaudy *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.231.

Assim, o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais.¹²³ O homem domina a necessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas.¹²⁴

Então, não tem cabimento a discussão sobre a existência e não existência da liberdade humana com base no problema da necessidade, do determinismo ou da metafísica do livre arbítrio, porque o homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e consequente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade.¹²⁵

A liberdade tem um caráter histórico, porque depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico.¹²⁶ Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante.¹²⁷

Tendo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como referência, José Afonso da Silva define a liberdade da seguinte maneira:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites, somente a lei poderá determinar." Mas acrescenta: "A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade."¹²⁸

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. "Liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal."¹²⁹

A liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal.¹³⁰

Nessa noção, encontramos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. E aqui, aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política.¹³¹

O assinalado aspecto histórico denota que a liberdade consiste, em suma, num processo dinâmico de liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos.

123- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.231.

124- Caio Prado Jr *apud* Roger Garaudy *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.231.

125- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.231.

126- Roger Garaudy *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.232.

127- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.232.

128- *Idem*, pág.233.

129- *Ibidem*, pág.233.

130- Rivero *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.233.

131- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.233.

É hoje função do Estado, promover a liberação do homem de todos esses obstáculos, e é aqui que a autoridade (poder) e liberdade se ligam.¹³²

Para o mesmo autor, o Direito Positivo não deve se ocupar com o conceito de liberdade tendo em vista as indefinidas facetas ou não se deve a princípio, deixar-se levar pelas visões de outras ciências interligadas a esta vertente do comportamento humano, obviamente pelo alto grau de interdisciplinariedade intrínseca ao tal fenômeno e posteriormente, propõe alguns conceitos delimitativos, distinguindo-os em grupos.

Ao Direito positivo interessa cuidar apenas da liberdade objetiva (liberdade de fazer, liberdade de atuar). É nesse sentido que se costuma falar em liberdades no plural, que na verdade, não passa das várias expressões externas da liberdade. Liberdades, no plural, são formas da liberdade, que aqui, em função do Direito Constitucional positivo, vamos distinguir em cinco grandes grupos:¹³³

- (1) “liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);”
- (2) “liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento;”
- (3) “liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);”
- (4) “liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);”
- (5) “liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho) (...).”

Desta feita, interpretando de forma sistemática o conceito de liberdade e interligando o mesmo ao aspecto da legalidade prevista a nível de Constituição Federal, José Afonso da Silva dispõe que:

Cabe considerar aquela que constitui, por assim dizer, a *liberdade-matriz*, a *liberdade-base*, que é a liberdade de ação em geral, a liberdade geral de atuar, que decorre do art. 5º, inc. II da Constituição, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*.¹³⁴

O texto constitucional supra, ao contrário, prevê a liberdade de fazer, a liberdade de atuar ou liberdade de agir, como princípio. Vale dizer, o princípio é o de que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine em contrário. A extensão dessa liberdade fica, ainda, na dependência do que se entende por lei.¹³⁵

O art. 5º, inc. II em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o princípio da legalidade.¹³⁶

132- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.233/234.

133- Idem, pág.234/235.

134- Ibidem, pág.235.

135- Ibidem, pág.235.

136- Ibidem, pág.236.

Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de liberdade de ação.¹³⁷

Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade e legalidade*.¹³⁸

Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima.¹³⁹

A liberdade não é pois, exceção, é sim regra geral, o princípio absoluto, o Direito positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que é exceção, e que por isso mesmo, precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma.¹⁴⁰

Em dúvida prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbítrio, que vigora, porque é *facultas ejus, quod facere licet, nisi quid jure prohibet*.¹⁴¹

Presenciamos aqui, a corroboração de que o direito à liberdade está consubstanciado como um direito inerente à personalidade humana, e antes de tudo uma regra absoluta a ser não só respeitada, mas garantida por qualquer Estado que se qualifique como Democrático de Direito, sobretudo, quando este mesmo Estado tenda a agir sob o manto do seu poder de polícia, que por via de regra, tende a ser supressor do exercício desses Direitos libertários, seja por meio de uma ação omissiva ou comissiva.

Por outra vertente de estudo, visualizamos a interligação recíproca existente entre o poder de atuação do Estado por meio do estrito respeito à legalidade e a garantia da liberdade por meio da relação dicotômica forçada por esta mesma legalidade, quando se permite restringir e ao mesmo tempo assegurar o exercício das diversas manifestações pessoais ou coletivas, tendo a certas ocasiões o controle restritivo ou não por parte da força estatal, embora a liberdade tenda sempre a prevalecer sobre qualquer manifestação arbitrária de qualquer ente político ou de seus representantes.

137- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.236.

138- Idem, pág.236.

139- Idem, pág.236.

140- Pimenta Bueno *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.236.

141- Idem, pág.236.

CAPÍTULO IV

4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

4.1 As Bases Constitucionais do Princípio da Legalidade

Por fim, passaremos a partir de agora, a desenvolver de forma teórica as características dos princípios da legalidade, na qualidade de base constitutiva do Estado Democrático de Direito, de limitação ao seu poder de império e revisor dos atos arbitrários praticados por este mesmo Estado, tendo sempre por fim o intuito de se garantir a liberdade individual em todas as suas vertentes de manifestação.

José Afonso da Silva, trabalhando esta ideia de forma genérica, porém coerente com as necessidades de uma obra positivista como esta, ressalta o seguinte:

A positivação dos direitos individuais, constitui elemento fundamental para a sua obrigatoriedade e imperatividade. Essa consagração jurídico-positiva dos direitos do homem é uma garantia de que se reconhece na Carta Magna, uma relação jurídica entre governado (sujeito ativo) e o Estado e suas autoridades (sujeitos passivos).¹⁴²

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado Democrático de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.¹⁴³

O Estado sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.¹⁴⁴

Certamente, o referido autor neste breve relato, interliga o fenômeno da legalidade como princípio, a fundamentos que transcendem ao aspecto da mera formalidade e da obediência aos ditames de qualquer ato legislativo de base coercitiva, valorizando assim, a propedêutica intrínseca e existente em todos os valores inerentes à ideia de justiça.

A seguir, prosseguindo em sua linha de raciocínio, o mesmo autor dispõe dos seguintes termos quando relaciona e subordina a atuação do Estado aos rigores da lei.

Toda atividade do Estado fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes, em que ela seja o ato

142- Burgoa *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.419.

143- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.420.

144- *Idem*, pág.420.

formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição.¹⁴⁵

E arremata, dissertando que:

É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores, não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude da lei.¹⁴⁶

O princípio está consagrado no art. 5º, inc. II da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.¹⁴⁷

O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre, que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo, para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a ideia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal,¹⁴⁸ o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar.¹⁴⁹

4.2 O Princípio da Legalidade e a Efetivação da Validade das Normas Jurídicas

O filósofo e jurista austríaco Hans Kelsen, elaborando um resumo de sua magnífica obra, “Teoria Pura do Direito”, descreveu os seguintes preceitos, com base na doutrina do positivismo jurídico, a qual era adepto, sobre os aspectos que estão a envolver o princípio da legalidade e a elaboração das normas jurídicas, aptas a regular tanto o comportamento humano como os atos do Estado:

O conhecimento jurídico é voltado para determinadas normas, que conferem a certos fatos, o caráter de atos jurídicos (ou não jurídicos) e que também se originam de atos jurídicos semelhantes.¹⁵⁰

É preciso atentar para o fato de que a norma, no sentido de valor específico, é um tanto diferente do ato psíquico no que ele for voluntário ou representado. É preciso distinguir com clareza, o fato de querer ou de representar-se a norma voluntária ou representada da norma que, de algum modo, foi querida ou representada.¹⁵¹

145- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.420.

146- José Afonso da Silva *apud* García Pelayo, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.420.

147- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.420.

148- José Afonso da Silva *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.420.

149- Constantino Mortati *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ano 2005, pág.421.

150- Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, tradução de J. Cretella JR e Agnes Cretella, ano 2011, pág.72.

151- Idem, pág.72.

Quando se fala em “produzir” uma norma, isso significa sempre um fato existente que se refere à norma.¹⁵²

A Teoria Pura do Direito não é relativa a qualquer processo psíquico ou acontecimento físico (corpóreo), quando se conhecem as normas ou quando se procura entender algo jurídico. Conceber algo juridicamente, não pode ser outra coisa senão conceber esse algo como Direito.¹⁵³

Com a tese de que só as normas jurídicas podem constituir o objeto do conhecimento jurídico, afirma-se apenas uma tautologia, pois, no Direito, o único objeto do conhecimento jurídico é a norma; mas a norma é a única categoria que, no âmbito da natureza, não encontra nenhuma aplicação.¹⁵⁴

Conforme percebemos, apesar da significância da obra deste autor para o desenvolvimento da ciência do Direito, e desde já, evocando as severas críticas a que a unanimidade da doutrina e da filosofia do Direito proferem em relação ao conteúdo da obra Teoria Pura do Direito, concluímos, diante das citações acima proferidas, que o ilustre teórico do Direito acima relacionado, resume as atuações do Estado e dos diversos fenômenos da natureza, incluindo os humanos, corpóreos ou psíquicos e até mesmo, a própria razão de ser do Direito, às previsões normativas eivadas de caráter formal ou legalista.

A seguir, o mesmo Hans Kelsen, trabalhando a ideia da máxima validade ou da absoluta eficácia das normas jurídicas, como supedâneo justificante sustentador de qualquer ordenamento jurídico de bases positivistas no espaço e no tempo, transpõe o presente pensamento em sua obra-prima já especificada:

Quando se fala no processo de “validade” da norma, nada mais se deve exprimir com isso, senão a existência específica da norma, a maneira especial com que ela se apresenta, diversa do ser da realidade natural, que decorre no espaço e no tempo.¹⁵⁵

A validade das normas que regulam o comportamento humano – em geral – e, por conseguinte, a validade das normas jurídicas, em particular, é uma validade espaço-temporal, na medida em que essas normas têm, como conteúdo, eventos espaço-temporais.¹⁵⁶

A norma só pode ter validade para um determinado espaço e tempo, isto é, de seu (próprio) ou de determinado espaço e tempo de outra norma, o que quer dizer: apenas o precedente regulador, dentro de determinado espaço e determinado tempo.¹⁵⁷

152- Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, tradução de J. Cretella JR e Agnes Cretella, ano 2011, pág.72.

153- Idem, pág.72.

154- Ibidem, pág.72.

155- Ibidem, pág.73.

156- Ibidem, pág.74.

157- Ibidem, pág.74.

Este é seu significado quando não houver nenhum espaço especial – e prazo fixo. Ela não tem, então, espaço ou tempo, mas apenas determinado espaço e determinado tempo; seu âmbito de validade de espaço e tempo é ilimitado.¹⁵⁸

Ao lado da validade de espaço e tempo, pode-se distinguir uma validade objetiva (ou material) da norma, enquanto a vista abrange os vários comportamentos humanos que são normatizados: assim, por exemplo, o comportamento religioso, econômico e político.¹⁵⁹

Assim, Hans Kelsen põe a imperatividade das normas jurídicas sob o manto da absoluta legalidade ou da plena eficácia do ordenamento jurídico como um modelo orientador indisponível para a realização dos fins de qualquer ato circunscrito no plano abstrato da imaginação e/ou no plano da realidade social.

4.3 As Leis e Suas Relações Com a Natureza

Montesquieu, desenvolvendo uma linha de pensamento sob uma ótica transcendente e fenomênica, acerca dos caracteres que envolvem o fenômeno da legalidade, o homem e a atuação do Estado, sobretudo por ainda obter influências da divindade no período da elaboração de suas teses filosóficas, logicamente pela proximidade do período de suas manifestações com o auge da constituição dos Estados modernos imperiais monárquicos, onde o clero obtinha uma posição de destaque no direcionamento da regulamentação dos comportamentos humanos e da política, apresenta a presente tese em sua obra “O Espírito das Leis:”

As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis.¹⁶⁰

Existe, portanto, uma razão primitiva; e as leis são as relações que se encontram entre ela e os diferentes seres e as relações destes diferentes seres entre si.¹⁶¹

Deus possui uma relação com o universo, como o criador e como conservador: as leis segundo as quais criou, são aquelas segundo as quais conserva. Ele age segundo estas regras porque as conhece, conhece-as porque as fez, e as fez porque elas possuem uma relação com a sua sabedoria e sua potência.¹⁶²

158- Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, tradução de J. Cretella JR e Agnes Cretella, ano 2011, pág. 74.

159- Idem, pág. 74.

160- Baron de Montesquieu, Charles de Secondat, *O Espírito das Leis*, tradução de Cristina Murachco, ano 1996, pág. 11.

161- Idem, pág. 11.

162- Ibidem, pág. 11.

Estas regras consistem numa relação constantemente estabelecida entre um corpo movido e outro corpo movido; é segundo as relações da massa e da velocidade que todos os movimentos são recebidos, aumentados, diminuídos, perdidos; cada diversidade é uniforme, cada mudança é constância.¹⁶³

O que se percebe ante o desenvolvimento da tese de Montesquieu, é que o mesmo correlaciona o fenômeno da existência das leis ou de qualquer outra força com caráter congente e direcionador dos comportamentos dos homens e dos fenômenos da natureza, a uma relação de causalidade existente entre aquilo que se promove ou se faz e aquilo que se espera e/ou se produz, em uma nítida interrelação de causa e consequência e sem qualquer natureza finalística.

4.4 O Princípio da Legalidade como Precursor dos Limites do Poder do Estado

J. J. Rousseau, analisando as limitações do poder soberano do Estado através de um Contrato Social (Constituição), bem como, através de suas convenções gerais (Leis), como forma de garantia das liberdades públicas individuais e da promoção da justiça em todas as suas vertentes, descreve o seguinte pensamento analítico:

Se o Estado ou a cidade não constitui senão uma só pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é aquele de sua própria conservação, é necessária uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada uma das partes da maneira mais conveniente para o todo.¹⁶⁴

Além da pessoa pública, porém, temos de considerar as pessoas privadas que a compõem e cuja vida e liberdade são naturalmente independentes dela.¹⁶⁵

Concorda-se que tudo aquilo que cada um aliena em virtude do pacto social, ou seja, de seu poder, de seus bens, de sua liberdade, seja somente a parte de tudo aquilo cujo uso interessa à comunidade, mas é preciso convir também que só o soberano pode ser juiz desses interesses.¹⁶⁶

Os compromissos que nos ligam ao corpo social, só são obrigatórios porque são recíprocos e sua natureza é tal que, ao cumpri-los, não se pode trabalhar para os outros sem trabalhar também para si mesmo.¹⁶⁷

Com efeito, tão logo se trate de um fato ou de um direito particular sobre um ponto não regulado por uma convenção geral e anterior, o negócio se torna contencioso. É um processo em que os particulares interessados representam uma das partes e o

163- Baron de Montesquieu, Charles de Secondat, *O Espírito das Leis*, tradução de Cristina Murachco, ano 1996, pág. 12.

164- Jean Jacques Rousseau, tradução de Ciro Mioranza, *O Contrato Social ou Princípios do Direito Político*, ano S/D, pág. 43.

165- Idem, pág. 43.

166- Ibidem, pág. 43.

167- Ibidem, pág. 44.

168- Ibidem, pág. 44.

público, a outra, mas no qual não vejo nem a lei a ser seguida nem o juiz que deve decidir.¹⁶⁸

Seria ridículo querer então, se reportar a uma expressa decisão da vontade geral, que só pode ser a conclusão de uma das partes e que, por conseguinte, não é para a outra, senão, uma vontade estranha, particular, induzida nessa ocasião à injustiça e sujeita ao erro.¹⁶⁹

Assim, do mesmo modo que uma vontade particular não pode representar a vontade geral, a vontade geral, por seu turno, muda de natureza quando tem um objeto particular e não pode, como geral, decidir nem sobre um homem nem sobre um fato.¹⁷⁰

Devemos conceber que aquilo que generaliza a vontade, é menos o número de vozes que o interesse comum que as une, porque nessa instituição, cada um se submete necessariamente às condições que impõem aos outros, admirável acordo do interesse e da justiça, que confere às deliberações comuns, um caráter de equidade que se vê desvanecer-se na discussão de todo negócio particular, na falta de um interesse comum que una e identifique a regra do juiz com aquela da parte interessada.¹⁷¹

Observamos que as palavras de Rousseau, principalmente por estarem em conexão com os valores pregados no período iluminista, repassam ao leitor de sua obra, o sentido de uma defesa intransigente pelo primado da liberdade individual e seus reflexos no pacto social (Constituição) e nas convenções coletivas (Leis), as quais são produzidas pelo Estado.

Que aliás, em seu pensar, tem os objetivos finalísticos de realizar a justiça material em face do respeito aos valores humanos e ao mesmo manifestar os seus atos de soberania e de poder de império, com o mínimo de restrição à liberdade dos cidadãos que o compõem o seu corpo social e político.

Desse modo, dando sequência a sua linha de pensamento, Rousseau transpõe o seguinte:

Por qualquer dos lados que se remonte ao princípio, chega-se sempre à mesma conclusão, a saber, que o pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade, que todos se engajam sob as mesmas condições e faz com que todos usufruam dos mesmos direitos.¹⁷²

Por outra vertente, questionando sobre o que seria um ato de soberania sob o ângulo das leis ou convenções, oferece a seguinte resposta:

169- Jean Jacques Rousseau, tradução de Ciro Mioranza, *O Contrato Social ou Principios do Direito Político*, ano S/D, pág.44.

170- Idem, pág.44.

171- Ibidem, pág.45.

172- Ibidem, pág.45.

Não é uma convenção do superior com o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros. Convenção legítima, porque tem por base o contrato social; equitativa, porque é comum a todos; útil, porque não tem outro objeto senão o bem geral; e sólida, porque possui como fiadores a força do público e o poder supremo.¹⁷³

Podemos ver, desse modo, que o poder soberano, por mais absoluto, sagrado, inviolável que seja, não passa nem pode passar além dos limites das convenções gerais e que todo homem pode dispor plenamente da parte de seus bens e liberdade que lhe foi conferida por essas convenções, de maneira que o soberano jamais possui o direito de sobrecarregar um súdito mais que outro, porque então, tornando-se particular o negócio, seu poder deixa de ser competente.¹⁷⁴

Percebemos que Rousseau conceitua o ato de soberania praticado por qualquer Estado, sob uma tríade pragmática, engajada e interligada ao exercício o poder, porém sempre com o objetivo de se resguardar e estender o sentido da liberdade individual.

4.5 O Princípio da Legalidade e a Divisão das Leis

Quanto à divisão das leis, Rousseau, em sua obra prima (*O Contrato Social*), argumenta que a organização e a eficácia das decisões do Estado devem estar em constante simetria com os diversos fenômenos naturais regidos pelas relações jurídicas, conforme se depreende das citações abaixo assinaladas:

Para ordenar o todo ou para conferir a melhor forma possível à coisa pública, há diversas relações a considerar. Primeiramente, a ação do corpo inteiro agindo sobre si mesmo, isto é, a relação do todo com o todo ou do soberano com o Estado; e essa relação é composta daquela dos termos intermediários.¹⁷⁵

A segunda relação é a dos membros entre si ou com o corpo inteiro. Essa relação deve ser, no primeiro caso, tão pequena e, no segundo, tão grande quanto possível, de modo que cada cidadão se sinta numa perfeita independência de todos os outros e numa excessiva dependência da cidade, o que sempre se faz com os mesmos meios, uma vez que não há senão a força do Estado para promover a liberdade de seus membros. Desta segunda relação é que nascem as leis civis.¹⁷⁶

Ao final, o citado autor conclui considerando uma terceira espécie de relação entre o homem e a lei, a saber, aquela da desobediência ao castigo e essa dá lugar ao estabelecimento das leis criminais, que no fundo, constituem menos uma espécie particular de leis que a sanção de todas as outras.

173- Jean Jacques Rousseau, tradução de Ciro Mioranza, *O Contrato Social ou Princípios do Direito Político*, ano S/D, pág.45.

174- Idem, pág.45.

175- Ibidem, pág.67.

176- Ibidem, pág.67.

CAPÍTULO V

5. O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PENAL

5.1 Da Sua Previsão Constitucional e Legal no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Analisando especificamente o princípio da reserva legal penal, vejamos agora, como o mesmo está definido em nosso ordenamento jurídico, evocando os seus fundamentos teórico-doutrinários, inclusive, em seu aspecto histórico.

Nossa atual Constituição Federal, o consagra na íntegra, em seu art. 5º, inc. XXXIX, que reza o seguinte.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”¹⁷⁷

“(omissis...)”

“Inc. XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”¹⁷⁸

Em nossa legislação ordinária, o referido princípio está consagrado no art. 1º do Decreto-Lei Nº 2.848/1940 (Código Penal) e no art. 1º do Decreto-Lei Nº 1.001/1969 (Código Penal Militar), ambos rezando o seguinte enunciado:

“Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”¹⁷⁹

5.2 O Princípio da Reserva Legal, o Direito Penal e as Constituições

Conforme perceberemos mediante as citações abaixo assinaladas, este princípio de natureza exclusivamente penal, mas com eficácia constitucional, configura-se uma vertente absoluta dos denominados direitos individuais, ou seja, do que alguns pensadores nomeiam como direitos e garantias ligados aos fundamentos do *Rechtsstaats* (Direitos de caráter

177- <http://www.planalto.gov.br>. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, acessado em 10/12/2011 às 10:00hs.

178- <http://www.planalto.gov.br>. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, acessado em 10/12/2011 às 10:00hs.

179- <http://www.planalto.gov.br>. Código Penal e Código Penal Militar, acessado em 10/12/2011, às 10:10 e às 10:20 hs.

individual), que de forma simbólica, se contrapõem aos fundamentos do chamado *Sozialstaats* (Direitos de caráter coletivo), os quais foram herdados e instituídos como limitadores do individualismo exacerbado pregado pela Revolução Francesa do século XVIII e impulsionadores da consolidação dos direitos sociais.

As Constituições promulgadas nos últimos decênios, se caracterizam pela presença no elenco de suas normas, de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente, de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do *Rechtsstaats*, e, ao mesmo tempo, do *Sozialstaats*. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais.¹⁸⁰

O *Rechtsstaats*, produto das ideias iluministas dos séculos XVII e XVIII, configura-se normativamente a partir da vigência das constituições americanas do segundo quartel no século XVIII e da Constituição francesa de 1791. A sua tônica é a afirmação dos direitos do homem e do cidadão e a limitação do papel do Estado, a ponto garantir a efetivação e eficácia dos mencionados direitos, principalmente no que concerne a inviolabilidade da liberdade individual e da propriedade.¹⁸¹

Certo é também, que as Constituições desde o século XVIII até as contemporâneas, contêm uma série de princípios que ou são especificamente penais ou pertinentes à matéria penal.¹⁸²

Nas Constituições que são expressão do *Rechtsstaats*, as normas concernentes ao Direito Penal, se traduzem em postulados que, em defesa das garantias individuais, condicionam restritivamente a intervenção penal do Estado. Nas Constituições de nossos dias, estas instâncias de resguardo dos direitos individuais em matéria penal persistem vigorosas, mas nelas se encontram uma série de preceitos que implicam no alargamento da atuação do direito penal, de moldes a ampliar a área de bens objeto de sua proteção. Ou seja: de um lado, nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado, se inserem normas propulsoras do Direito Penal para as novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens, cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado.¹⁸³

Luis Luisi, fazendo uma distinção clara entre os princípios de caráter exclusivamente Penal com reflexos nas Constituições e os de caráter Constitucional com reflexos na matéria Penal, dispõe o seguinte:

A presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas se faz através de princípios especificamente penais, ou seja, de princípios de Direito Penal Constitucional e de princípios constitucionais influentes em matéria penal.¹⁸⁴

180- Luiz Luisi, *Os Principios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.09.

181- Idem, pág.09.

182- Ibidem, pág.09.

183- Ibidem, pág.09/10.

184- Ibidem, pág. 10.

Os primeiros são exclusiva e tipicamente penais, comportando sejam divididos em princípios explícitos e implícitos. Os explícitos estão enunciados de forma expressa e inequívoca no texto da Constituição. Os implícitos se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem contidas.¹⁸⁵

Os segundos, os pertinentes a matéria penal, geralmente não são propriamente criminais, impondo-se tanto ao legislador penal como ao legislador civil, tributário, agrário etc... Referem-se prevalentemente ao aspecto de conteúdo das incriminações, no sentido de fazer com que o Direito Penal se constitua em um poderoso instrumento de tutela de bens de relevância social.¹⁸⁶

Os chamados princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embaixadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia. É exemplo clássico desta ordem de princípios, o postulado da legalidade dos delitos e das penas, que dá ao direito penal uma função de garantia da liberdade individual, pois condiciona a existência de um delito e da pena a ele aplicável a uma lei anterior, o quanto possível clara e precisa.¹⁸⁷

Em sua maioria – se não em sua totalidade, - os princípios constitucionais especificamente penais, são princípios garantidores que assinalam a presença das normativas características do *Rechtsstaats*.¹⁸⁸

Nas Constituições brasileiras, os princípios penais, tanto os especificamente criminais, como os influentes em matéria penal, tem nelas se feito presente. Mas a que lhe reservou um maior espaço foi, sem dúvidas, a Constituição vigente desde outubro de 1988.¹⁸⁹

Visualizamos aqui, que o referido autor, de forma categórica, reconhece a primazia ideológica dada pela atual Constituição da República Federativa do Brasil em relação aos aspectos principiológicos da ciência do Direito, em específico, aos princípios de natureza penal, os quais são orientadores da e ferramentas essenciais à garantia da liberdade individual.

E não seria para menos, tal grau de reconhecimento em nossa Carta Magna, pois em um país onde a sua história revela a tradição de uma política de Estado baseada na violência e em várias formas de arbitrariedades, todas tendentes a limitarem e até a suprimirem o sentido e/ou o Direito à liberdade, faz-se mister, o reconhecimento e a consequente positivação de tais princípios-garantias, como em regra o são.

Por estes motivos, os estudiosos orientadores do Direito Penal Constitucional, põem em xeque a necessidade e de forma mais consentânea com os valores pregados pelo

185- Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.10.

186- Idem, pág.10.

187- Ibidem, pág.10.

188- Ibidem, pág.11.

189- Ibidem, pág.11.

constitucionalismo contemporâneo, a obrigatoriedade da previsão de tais princípios no bojo de qualquer ordenamento jurídico de bases jurídicas libertárias.

5.3 Histórico e Fundamentos Jurídicos do Princípio da Reserva Legal Penal

A Constituição de 1988 incluiu em seu texto, uma série de princípios especificamente penais. Alguns estão inequivocadamente explicitados. Outros se deduzem do contexto das normas constitucionais interpretativamente implícitos. Dentre estes princípios, merecem especial destaque, o da legalidade, o da intervenção mínima, o da humanidade, o da pessoalidade da pena e o da individualização da pena.¹⁹⁰

O princípio da legalidade, segundo a doutrina mais contemporânea, se desdobra em três postulados. Um quanto às fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo à validade das disposições penais no tempo. O primeiro dos postulados é o da *reserva legal*. O segundo é o da *determinação taxativa*. E o último é o da *irretroatividade*.¹⁹¹

Para os fins meramente didáticos e em face do tema a que a nossa obra propõe a explorar, bem como, pelo conteúdo já exposto ao longo desta explanação minuciosa, nos ateremos somente à descrição doutrinária do princípio da *reserva legal* como uma das vertentes do princípio da ampla legalidade, conforme as informações contidas no parágrafo anterior.

Em nosso país, o postulado da Reserva Legal está claramente prescrito no art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal vigente e nos artigos 1º do Código Penal e 1º do Código Penal Militar, e o seu teor é o seguinte: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*.

Luis Luisi, realizando uma interpretação histórica do princípio da Reserva Legal no Brasil, ante as diversas Cartas Constitucionais estabelecidas no Brasil, logicamente, desde a configuração da sua independência política, ressalta o seguinte:

A nossa primeira Constituição, a de 1824, em seu artigo 179, inciso XII, a de 1891, no artigo 72, parágrafo 15, a de 1934, no artigo 113, inciso 26, a de 1946, no artigo 141, parágrafo 25, a de 1967, no artigo 150, parágrafo 16, e na Emenda Constitucional Nº 01 de 17/10/1969, no artigo 153, parágrafo 16, consagraram o postulado da Reserva Legal.¹⁹²

Quanto à origem do referido princípio, existem várias concepções diferenciadas e até divergentes, vejamos.

190- Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.13.

191- Ferrando Mantovani *apud* Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.13.

192- Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.13/14.

Vicenzo Manzini, citado por Luis Luisi, sustenta que o postulado da Reserva Legal teve origem no Direito Romano, entendendo-o expresso, neste fragmento do Digesto: “*Poena non irrogatur, nis i quae quaquelege vel que alio jure specialiter hic delicto imposita est.*”¹⁹³

Luis Luisi, interpretando as dimensões históricas proferidas por diversos doutrinadores nacionais e internacionais, dispõe que:

Penalistas como L. Jimenez de Asua contestam tal entendimento. Outros autores, - entre eles, Nelson Hungria, divisam a origem da Reserva Legal na Magna Carta Inglesa de 1215, por dispor esta, que nenhum homem livre pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares. (*Nullus liber homo expiatur vel imprisoned, nisi per legale iudicium suorum vel per legem terreae*).¹⁹⁴

Outros penalistas, entre eles J. Frederico Marques, por sua vez, afirmam que o princípio da Reserva Legal se encontra já formulado no Direito Medieval, mormente nas magníficas instituições do Direito Ibérico. Segundo o Mestre paulista, nas Cortes de Leão, em 1816, declara Afonso IX, sob juramento, que não procederá contra a pessoa e a propriedade de seu súdito, enquanto não fosse chamado perante a cúria. E nas Cortes de Valladolid, foi proclamado em 1219, que ninguém podia ser privado da vida e da propriedade enquanto a sua causa não for apreciada segundo o Fuero e o Direito. Em 1351, essas mesmas Cortes pediram a Dom Pedro I, que ninguém fosse executado ou preso sem investigação do Foro e do direito, a que acedeu o rei. E essa promessa foi depois renovada com ênfase por Henrique II nas Cortes de Toro em 1371.¹⁹⁵

E pregando a teoria de que o surgimento do princípio da Reserva Legal a partir das pregações dos teóricos do iluminismo, em especial com base na teoria do Contrato Social, que teve como consequência histórica a derrocata do Absolutismo Monárquico e surgimento dos ideais do Estado Democrático de Direito, o citado Luis Luisi descreve com a objetividade que lhe é peculiar que:

Pregando esta teoria, a construção do Estado como se tivesse origem em um contrato social, faz do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem. A missão do Estado praticamente se limita a proteção efetiva desses direitos. Nascido com a preocupação de reagir ao absolutismo monárquico, o iluminismo preconiza a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão uma faixa de ação. Ou seja: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe. Dentre esses direitos, se insere o da Reserva Legal, ou seja: somente a lei e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, bem como, a pena a ele aplicável.¹⁹⁶

Diversos pensadores iluministas sustentam como consectário natural de seu ideário, a necessidade da contenção do arbítrio judicial e a submissão do Juiz à lei, pois só esta pode estabelecer o que é anti-jurídico e a sua sanção. Nesse sentido são conhecidos os textos pertinentes de F. Bacon, S. Puffendorf, C. L. Secondat de Montesquieu e de T. Hobbes, este último, um partidário da teoria do contrato social,

193- Vicenzo Manzini *apud* Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.14.

194- Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.14.

195- J. Frederico Marques *apud* Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.14.

196- Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.14/15.

mas para justificar o absolutismo. Porém, a lição mais notável e clara se encontra no “Dos Delitos e das Penas”, o pequeno grande livro de Cesare Boccasana, o Marquês de Beccaria, “Só as leis” – diz o nobre lombardo, - “podem decretar as penas para os delitos. Esta autoridade não pode residir se não no legislador, que representa toda a sociedade organizada por um contrato social.”¹⁹⁷

Com a derrocata das monarquias absolutas e instauração dos regimes democráticos, o princípio da reserva legal passou a integrar os textos constitucionais e os códigos penais. Pode-se surpreender o postulado em causa nas Constituições americanas da Filadélfia, de 1784 e nas de Virgínia e Maryland, ambas de 1786, e na legislação toscana de Pedro Leopoldo, também de 1786. Mas é a partir de sua inserção na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, que o princípio ganha relevo e inicia o processo da sua universalização.¹⁹⁸

Posteriormente, a quase totalidade das Constituições políticas e dos Códigos Penais do século XIX adotam a Reserva Legal. E em 1813, o princípio em causa ganha a sua enunciação clássica por obra de Ludwig Anselm Von Feuerbach, o fundador da ciência penal alemã moderna. A ele se deve a fórmula latina pela qual o postulado é mundialmente conhecido: “*nullum crime e nulla poena, sine previa lege.*” Feuerbach também procura dar ao princípio em questão um fundamento jurídico, vinculando-o à prevenção geral como fim da pena.¹⁹⁹

De certo e concreto, podemos estabelecer que o Princípio da Reserva Legal, conserva-se nas premissas do que se convencionou chamar na doutrina, em especial a estrangeira, de garantismo jurídico do Direito Penal, uma vez que, ao contrário do que se pode deduzir, os estabelecimentos de leis de caráter penal visam antes de tudo, preservar ao máximo o sentido da liberdade individual e de forma concomitante, limitar a atuação do Estado na qualidade de detentor do *jus puniendi*, conforme os ensinamentos abaixo assinalados.

Registre-se, ainda, que o postulado da Reserva Legal, além de arginar o Poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao Direito Penal uma função de garantia, posto que, tornando certos, o delito e a pena, assegura ao cidadão, que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos e naquelas penas previamente fixadas, poderá ser processado e condenado.²⁰⁰

Daí porque é de indiscutível valia a lição de R. Von Hippel citado por Luis Luisi, quando sustenta que o princípio da Reserva Legal é um axioma destinado a assegurar “*a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do Juiz.*”²⁰¹

Ao reiterar na Constituição de 1988 o postulado da Reserva Legal, o constituinte brasileiro não somente manteve um princípio já secularmente incorporado ao direito pátrio, mas se aliou às Constituições e aos Códigos Penais da quase totalidade das Nações, já que o mencionado princípio é uma essencial garantia da liberdade e de objetiva justiça.²⁰²

197- Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.15.

198- Idem, pág.15.

199- Ibidem, pág.15.

200- Ibidem, pág.18.

201- R. Von Hippel *apud* Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.18.

202- Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, ano 1991, pág.18.

5.4 O Princípio da Reserva Legal Penal, o Crime e a Liberdade

Nestes termos, passaremos agora, ante o método dedutivo a que propomos trabalhar esta obra monográfica desde o seu início, a demonstrar a relação jurídica existente entre a existência do Princípio da Reserva Legal e a sua finalidade de garantir a liberdade individual quando do estabelecimento de tipos criminais e a respectiva previsão de penas.

O artigo 1º do CP e 1º do CPM (grifo nosso) define o princípio da legalidade, a mais importante conquista de índole política, norma básica do Direito Penal moderno, inscrito como garantia constitucional no art. 5º, inc. XXXIX da Carta Magna (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*).²⁰³

O princípio, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* assegura, que não pode ser considerado crime o fato que não estiver previsto na lei e que não pode ser aplicada sanção penal que não aquela cominada abstratamente nessa regra jurídica.²⁰⁴

Ainda que o fato seja imoral, anti-social ou danoso, não há possibilidade de se imputar ao autor, a prática de um crime ou aplicar-lhe uma sanção penal pela conduta praticada.²⁰⁵

É do referido princípio, *a função de garantia fundamental da liberdade*, de se fazer aquilo que se quer, mas somente o que a lei permite, e que, por isso, exige clareza da lei a fim de possibilitar que seu conteúdo e limites possam ser deduzidos do texto legal o mais claramente possível.²⁰⁶

O artigo abrange também o *princípio da anterioridade da lei penal*, vedando a incriminação e a sanção ao fato que não estiver previamente previsto na lei. O autor só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, estiver vigendo uma lei que o considere como crime.²⁰⁷

De acordo com o conteúdo jurídico pregado pelo referido princípio da Reserva Legal, a partir do momento em que o legislador, subjuga-se aos preceitos de sua aplicação, quando da elaboração de leis que tipifiquem criminalmente qualquer tipo de condutas, e subordina a restrição da liberdade de qualquer indivíduo em suas diversas formas de manifestação, a uma definição anterior à prática da conduta e a uma prévia cominação de pena, retira do Estado e de seus agentes, o espectro de discricionariedade de seu ato, em especial, a discricionariedade do legislador ordinário, quando as normas elaboradas pelo mesmo se interligam às matérias de caráter criminal, conforme o pensamento abaixo exposto.

203- Julio Fabbrini Mirabete, *Código Penal Interpretado*, ano 1999, pág.97.

204- Idem, pág.97.

205- Ibidem, pág.97.

206- Ibidem, pág.98.

207- Ibidem, pág.98.

No confronto de leis penais no tempo, ocorrendo a *novatio legis incriminadora*, ninguém poderá ser acusado pela prática do crime por um fato que praticou antes de entrar em vigor a lei que o defina.²⁰⁸

Somente na hipótese de uma sucessão de leis em que estejam tipificadas a mesma conduta, é que o agente pode ser por ela responsabilizado, aplicando-se, porém, o dispositivo mais benéfico.²⁰⁹

5.5 O Princípio da Reserva Legal Penal e a Origem dos Crimes e das Penas na Visão de Cesare Beccaria

Beccaria, desenvolvendo seu pensamento acerca da origem dos delitos e das penas e do direito de punir do Estado, em sua majestosa obra: “Dos Delitos e das Penas”, relata o seguinte:

A moral política não pode oferecer à sociedade nenhuma vantagem durável, se não estiver baseada em sentimentos indeléveis do coração do homem.²¹⁰

Qualquer lei que não estiver nessa base, achará sempre uma resistência que a constringerá a ceder. Desse modo, a menor força aplicada continuamente, destrói por fim um corpo de aparência sólida, pois lhe imprimiu um movimento violento.²¹¹

Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir.²¹²

Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade, apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances.²¹³

Nestes termos, concluímos, que a princípio, Beccaria obtinha em sua linha de pensamento, traços marcantes da essência do Direito Natural, ao valorizar em demasia, as mazelas sentimentais intrínsecas à personalidade do homem.

E continuando a sequência lógica do seu pensamento, argui que:

Sendo o crescimento do gênero humano, apesar de lento e pouco considerável, muito superior aos meios de que dispunha a natureza estéril e abandonada, para

208- Julio Fabbrini Mirabete, *Código Penal Interpretado*, ano 1999, pág.98.

209- Idem, pág.98.

210- Cesare Beccaria, tradução de Torrieri Guimarães, *Dos Delitos e das Penas*, ano 2000, pág.18.

211- Idem, pág.18.

212- Ibidem, pág.18.

213- Ibidem, pág.18.

satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e entrecruzando-se de mil modos, os primeiros homens, até então em estado selvagem, foram forçados a agrupar-se.²¹⁴

Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si.²¹⁵

As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.²¹⁶

Quando as paixões são fortemente abaladas pelos objetos presentes, os discursos mais sábios, a eloquência mais arrebatadora, as verdades mais excelsas não passam, para elas, de freios impotentes, que logo arrebatam.²¹⁷

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.²¹⁸

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar, constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.²¹⁹

Com estes pontos justificantes de sua obra-prima, Beccaria trabalha e ao final acaba por justificar a existência do direito de punir do Estado, bem como, a própria existência material dos delitos e das penas à ideologia já existente à sua época, qual seja, a da formação de um Contrato Social, influenciado, logicamente, pelas bases filosóficas proclamadas por Rousseau, onde, pela via da exclusão, concluiu que os fundamentos da existência do Direito Penal, não se encontrava na estrita observância à previsão das penas e de suas possíveis execuções, mas, sobretudo, no reconhecimento e na garantia dada pelo Estado, ante os seus textos legislativos, ao Direito à liberdade individual e a seguir dispõe o seguinte:

Desenvolvendo uma linha de estudo, em face do fenômeno da proporcionalidade e da justiça ou não da aplicação e da incidência de um delito e as consequências de uma pena, o citado filósofo criminalista, dispõe das seguintes palavras:

214- Cesare Beccaria, tradução de Torrieri Guimarães, *Dos Delitos e das Penas*, ano 2000, pág.18.

215- Idem, pág.18.

216- Ibidem, pág.18.

217- Ibidem, pág.19.

218- Ibidem, pág.19.

219- Ibidem, pág.19/20.

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública, são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.²²⁰

Logo após, alertando sobre exclusividade da instituição dos delitos e da penas a um ato legislativo formal (Lei) e tendo por base a respeitabilidade desta em face dos ditames de um contrato social (Constituição) que tem por função primária, a configuração dos fins sociais e políticos de qualquer Estado, relata que:

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.²²¹

Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça, aplicar a outro partícipe dessa sociedade, uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei; ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.²²²

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 de sua competência, contudo, julgar se alguém violou tais leis.²²³

Advém, ainda, dos princípios firmados precedentemente, que os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores. Os juízes não receberam as leis como uma tradição doméstica ou testamento dos nossos avoengos, que deixariam aos descendentes somente a missão de obedecer. Eles as recebem da sociedade viva ou do soberano que representa essa sociedade, como depositário legítimo do resultado atual da vontade geral.²²⁴

Neste ponto, o referido autor inicia a tese interpretativa de que as leis restritivas de direitos, devem ser interpretadas de forma restrita, conforme é o entendimento unânime dado até os dias atuais pela hermenêutica jurídica, tudo com o intuito de se garantir o fiel cumprimento exigido pela já relatada tese do Contrato Social, que em sede de matéria criminal, tende a atuar como um sustentáculo das ações proferidas pelo Estado no exercício do seu poder de punir.

220- Cesare Beccaria, tradução de Torrieri Guimarães, *Dos Delitos e das Penas*, ano 2000, pág.20.

221- Idem, pág.20.

222- Ibidem, pág.20.

223- Ibidem, pág.20.

224- Ibidem, pág.21.

O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a *liberdade* ou a *pena*. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro.²²⁵

Não há nada mais perigoso do que o axioma comum, de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotar esse axioma é quebrar todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões. Tal verdade parece estar demonstrada, ainda que pareça um paradoxo aos espíritos comuns, que se impressionam mais fortemente com uma ínfima desordem atual do que com consequências distantes, porém, mil vezes mais funestas, de um só preceito falso estabelecido em uma nação.²²⁶

Todos os nossos conhecimentos, todas as nossas ideias se conservam. Quanto mais complicadas, tanto maiores as suas relações e consequências.²²⁷

Quando as leis forem fixas e literais, quando apenas confiarem ao magistrado, a missão de examinar os atos dos cidadãos, para indicar se esses atos são conformes à lei escrita, ou se a contrariam; quando, finalmente, a regra do justo e do injusto, que deve orientar em todos os seus atos o homem sem instrução e o instruído, não constituir motivo de controvérsia, porém, simples questão de fato, então não se verão mais os cidadãos submetidos ao poder de uma multidão de ínfimos tiranos, tanto mais intoleráveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; que se fazem tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, pois a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, porém aos entraves que lhes são opostos; e são tanto mais nefastos quanto não há quem possa libertar-se de seu jugo, senão, submetendo-se ao despotismo de um só.²²⁸

Com leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime. Gozará, com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois que esse é o fim que leva os homens a se reunirem em sociedade.²²⁹

É certo, também, que os cidadãos adquirirão, desse modo, um certo espírito de independência e serão menos sujeitos àqueles que ousaram conferir o nome sagrado de virtude, à covardia, às fraquezas e às complacências cegas; estão, contudo, menos sujeitos às leis e à autoridade dos magistrados.²³⁰

Concluindo, podemos afirmar que para Beccaria, um sistema jurídico ideal seria aquele que concede a oportunidade aos seus cidadãos, de conseguirem visualizarem nas leis de caráter penal e da forma mais objetiva e clara possível, as condutas as quais não podem praticar, a fim de se precaverem sobre todas as nuances do mundo factual e das consequências as quais serão submetidos, caso usem da sua liberdade desregrada para consumarem fatos tipificados pelas leis criminais, ou seja, que pela via das dúvidas, o Direito Penal além dos fins da aplicação da pena a que está sujeito, possui uma função de prevenção e pedagógica.

225- Cesare Beccaria, tradução de Torrieri Guimarães, *Dos Delitos e das Penas*, ano 2000, pág.22.

226- *Idem*, pág.22.

227- *Ibidem*, pág.22.

228- *Ibidem*, pág.23.

229- *Ibidem*, pág.23/24.

230- *Ibidem*, pág.24.

CAPÍTULO VI

6. APANHADO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

6.1 Intróito Discursivo

Para concluir, vejamos algumas decisões jurisprudenciais proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais de variados Estados e regiões do país (TJs e TRFs), bem como, decisões de Tribunais Federais com jurisdição nacional (STJ e STF), acerca do fenômeno da atipicidade penal e da extinção da punibilidade, tendo como pressuposto básico, logicamente, a aplicação do princípio da reserva legal na condição de garante da liberdade individual.

6.2 Exposição Temática

Ementa: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DESARMAMENTO. IMPRESTABILIDADE DA ARMA APREENDIDA. SUSPENSÃO DE VIGÊNCIA DA LEI. Não se pode considerar imprestável, para os fins a que se destina, a arma que, por falta de manutenção, é passível de disparar, mantendo seu potencial lesivo. A posse de arma de fogo de uso permitido, durante o período de suspensão da vigência da Lei nº 10.826/2003, não tipifica o crime previsto em seu art. 12. Assim, o paciente que teve sua arma apreendida em data anterior à vigência do dispositivo legal mencionado, não praticou o fato típico, razão porque inexistente justa causa para que se dê continuidade à ação penal que contra ele move a Justiça Pública. O trancamento da ação, normalmente inviável na via estreita do habeas corpus, é possível "quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo dos elementos dos autos, evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade". É o que ocorre no caso concreto, em que o fato imputado ao paciente é atípico. Ordem concedida. (Habeas Corpus Nº299304200580600000, 1ª Câmara Criminal, TJ-CE, Relator(a): FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, julgado em 31/07/2006).²³¹

Ementa: APELAÇÃO CRIME. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/03. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU RECONHECIDA. I - A conduta praticada pelo acusado que, irregularmente, possuía em sua residência arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida e munição, deixou, ao menos temporariamente, de ser típica, configurando-se, no caso, a abolitio criminis temporalis, sendo certo, ainda, que, conforme art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1998 e art. 2º e seu parágrafo único, do Código Penal, os efeitos da referida lei devem retroagir para beneficiar o réu. II - Declara-se, de ofício, extinta a punibilidade do acusado, com base no art. 107, III, do Código Penal, restando, portanto, prejudicada a análise do mérito do apelo (Apelação Criminal Nº18995200780600961, 1ª Câmara Criminal, TJ-CE, Relator(a): FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, julgado em 22/10/2010).²³²

231 - <http://esaj.tjce.jus.br/cjsjg>, acessado em 01/09/2011 às 10:00 hs.

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS - ART. 307 DO CP - CONDUTA ATÍPICA - AUTODEFESA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO - APELO DEFENSIVO - TENTATIVA - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - ARREBATAMENTO DA 'RES FURTIVA' - INVERSÃO DA POSSE - CONFIGURAÇÃO DA MODALIDADE CONSUMADA - PENA-BASE - REDUÇÃO - VIABILIDADE - ANÁLISE EQUIVOCADA DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ELENCADAS NO ART. 59 DO CP - AJUSTE NECESSÁRIO - REPARAÇÃO DOS DANOS - DECOTE - DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - DECOTE QUE SE IMPÕE - ISENSÃO DAS CUSTAS - APELANTE ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS - CONCESSÃO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE VERIFICADA PELO CUMPRIMENTO DA PENA - DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO, E DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. - É atípica a conduta do agente que fornece falsa identificação sem auferir vantagem ilícita ou causar dano a outrem com o único propósito de exercer direito seu de autodefesa. - No crime de furto, a consumação se verifica quando a res furtiva é retirada da posse e disponibilidade do ofendido, ainda que por curto prazo de tempo e sem que seja necessária a obtenção da vantagem patrimonial visada. - Se algumas das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, foram, equivocadamente, consideradas em prejuízo do apelante, o ajuste é medida que se impõe. - É defeso ao Julgador fixar um montante de indenização ao ofendido pelos danos causados pela infração, sem apurar corretamente o valor a ser pago, sob risco de infringência ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal. - Constatando-se que o réu foi assistido pela Defensoria Pública durante todo o transcorrer processual, por força do amplo espectro de cognoscibilidade de que se reveste o apelo defensivo, submetendo ao Tribunal toda a matéria de fato e de direito apreciada na origem, o apelante faz jus à isenção das custas processuais, nos termos do inciso II do art. 10 da Lei nº 14.939/03. - Imposta ao réu pena no patamar de 1 (um) ano de reclusão e, verificando que se encontrou preso além desse tempo, a extinção da punibilidade é medida que se impõe pelo cumprimento da pena. (Processo Nº 1.0024.09.472843-3/001(1), TJ-MG, Relator(a): Des.(a) NELSON MISSIAS DE MORAIS, julgado em 28/10/2010).²³³

Ementa: CORTE SUPERIOR - NOTÍCIA-CRIME CONTRA MAGISTRADO - PREVARICAÇÃO - INOCORRÊNCIA - FATO ATÍPICO - NOTÍCIA-CRIME ARQUIVADA. 1. Não tendo o magistrado praticado ato de ofício contra disposição expressa de lei, deve ser acolhido o parecer da Procuradoria e arquivada a notícia-crime pela atipicidade da conduta. 2. Notícia-crime arquivada. (Processo Nº 0494210-92.2010.8.13.0000, TJ-MG, Relator(a): Des.(a) ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, julgado em 22/06/2011).²³⁴

Ementa: ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – ATIPIDADE DO FATO – DESAVENÇA FAMILIAR – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE 1º GRAU. É de se manter a absolvição sumária, quando analisando-se as declarações da vítima aliadas às demais provas carreadas aos autos verifica-se que trata-se de fato atípico, tendo ocorrido, na realidade, apenas uma desavença familiar, não havendo que se falar em tentativa de homicídio. (Processo Nº 00120050028172001, Câmara Criminal, TJ-PB, Relator(a): DES. NILO LUIS RAMALHO VIEIRA, julgado em 01/11/2005).²³⁵

Ementa: FURTO SE SINAL DE TV A CABO. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. EQUIPARAÇÃO AO FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PENA NÃO AUFERIDA NA LEI. FATO ATÍPICO. VEDADO A ANALOGIA IN MALAM PARTEM. ILÍCITO CIVIL. ABSOLVIÇÃO. PROVIMENTO AO APELO. - É vedado o emprego de analogias in malam partem para a tipificação de

232- Idem, acessado em 01/09/2011 às 10:10 hs.

233- http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/juris_resultado, acessado em 02/09/2011 às 10:30 hs.

234- Idem, acessado em 02/09/2011 às 10:40 hs.

235- <http://www.tjpb.jus.br/portal/page/portal/tj/home/jurisprudencia>, acessado em 03/09/2011 às 09:00 hs.

condutas. - Em se tratando de ilícito civil, não tem o condão de ensejar uma condenação no âmbito penal, portanto, é de se dar provimento ao apelo, absolvendo o réu. (Processo Nº 20020040241594001, Câmara Criminal, TJ-PB, Relator(a): DES. NILO LUIS RAMALHO VIEIRA, julgado em 29/05/2007).²³⁶

Ementa: Do Crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido art. 12 da Lei Nº 10.826/2003. Sentença condenatória. Irresignação defensiva. Alegação de fato atípico. Acolhimento do apelo pela Adoção de Medida Provisória da nº. 417, de 31 de janeiro de 2008. Restabelecimento a possibilidade de registro de armas em posse irregular, bem como, da entrega da mesma a Polícia Federal até o mês de dezembro do ano de 2.008, nos moldes da redação primitiva do Estatuto do Desarmamento. Ineficácia temporária do tipo penal que envolve a posse de arma de fogo. Incidência de Lei mais benéfica ao agente. Efeito retroativo. Abolitio Criminis. Extinção da punibilidade. Provimento do apelo. Levando-se em conta o novo prazo para a regularização das armas que foi estabelecido pela Medida Provisória nº 417 de 31 de janeiro de 2008, atualmente convertida na Lei nº 11.706/08. publicada em 20.06.2008, a conduta de possuir arma de fogo em casa ou em seu local de trabalho sem registro, novamente deixou de ser típica, incidindo, no caso, a figura da abolitio criminis, e os seus efeitos alcançam os fatos anteriores, conforme artigo 2º do Código Penal, sendo a extinção da punibilidade medida que se impõe. (Processo Nº 01520060002324001, Câmara Criminal, TJ-PB, Relator(a): DES. ANTONIO CARLOS COELHO DA FRANCA, julgado em 09/06/2009).²³⁷

Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE CARACTERIZEM ATOS TÍPICOS. ABSOLVIÇÃO DO APELANTE. 1. O crime de tentativa de furto simples ou qualificado, para sua configuração é necessário que existam atos de execução praticados pelo agente não consumado por circunstâncias alheias à sua vontade, o que não se vislumbra na hipótese dos autos. 2. Fato atípico, absolvição. 3- Decisão unânime. (Apelação Criminal Nº 201000010060919, 1ª. Câmara Especializada Criminal, TJ - PI, Relator(a): Des(a). Rosimar Leite Carneiro, Julgado em 28/01/2011).²³⁸

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU - FATO ATÍPICO E ANTIJURÍDICO. DEFERIMENTO PELA AUTORIDADE JUDICIAL. RELAXAMENTO DA CUSTÓDIA. PACIENTE POSTO EM LIBERDADE APÓS A IMPETRAÇÃO. PERDA DO OBJETO. PEDIDO PREJUDICADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 659 DO CPP. (Habeas Corpus Nº 2007.006825-4, TJ-RN, Relator(a): Desª. Judite Nunes, julgado em 06/11/2007).²³⁹

Ementa: PROCESSO PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. TENTATIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR. CULPABILIDADE REDUZIDA. MÍNIMA PERTURBAÇÃO SOCIAL. IRRELEVÂNCIA DA REINCIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Criminal Nº 2007.007162-2, TJ-RN, Relator(a): Des. Armando da Costa Ferreira, julgado em 06/05/2008).²⁴⁰

Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PROVA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO. Ao contrário do que

236- Idem, acessado em 03/09/2011 às 09:10 hs.

237- Ibidem, acessado em 03/09/2011 às 09:20 hs.

238- <http://www.tpi.jus.br/e-tpi/home/jurisprudencia>, acessado em 04/09/2011 às 10:00 hs.

239- <http://esaj.tjm.jus.br/cjosg>, acessado em 05/09/2011 às 11:00 hs.

240- Idem, acessado em 05/09/2011 às 11:10 hs.

constou da sentença, todas as condutas foram descritas na denúncia, mas constata-se da análise do depoimento da vítima, que a única que poderia ser imputada ao réu é a de forçar a menor a assistir a prática sexual que manteve com Raquel, já que as demais ou foram praticadas somente por esta última, sem a participação do réu, ou não ocorreram, inexistindo outras provas suficientes para a condenação diante da negativa do acusado. E a conduta de praticar ato sexual na presença de menor de 14 anos, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem era fato atípico à época dos fatos (delito agora tipificado no artigo 218-A, do Código Penal, vigente a partir de 07 de agosto de 2009, Lei 12.015/2009). Assim, deve ser mantida a absolvição do réu Adão, alterando-se, de ofício, o fundamento desta, ou seja, art.386, III e VII do CPP. APELO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO. ALTERANDO-SE, DE OFÍCIO O FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO. (Apelação Crime Nº 70040076135, Oitava Câmara Criminal, TJ-RS, Relator(a): Isabel de Borba Lucas, Julgado em 13/07/2011).²⁴¹

Ementa: APELAÇÃO. VENDA DE ÓCULOS DE SOL FALSIFICADOS. ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/90. MERCADORIA QUE POR SUA NATUREZA É IMPRÓPRIA PARA CONSUMO. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO AO TIPO PENAL. AUSÊNCIA DE CRIME. Inviável a análise das condições de consumo de mercadoria que apresenta vícios desde a fabricação, pois a impropriedade para consumo é da natureza do bem a ser consumido. Logo, não se enquadra no tipo penal do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, que traz previsão apenas sobre mercadorias "em condições impróprias" para o consumo. Fato atípico. Recurso do Ministério Público improvido. (Apelação Crime Nº 70043009646, Quarta Câmara Criminal, TJ-RS, Relator(a): Gaspar Marques Batista, Julgado em 21/07/2011).²⁴²

Ementa: PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DE ATOS TIDOS COMO DELITUOSOS.

1. O princípio da insignificância tem de ser aplicado apreciando-se o fato constante do processo. 2. A aplicação do princípio da insignificância implica reconhecimento da atipicidade, conseqüentemente, trancada deve ser a ação penal.

A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração para esclarecer que, mesmo em face da reiteração dos atos tidos como criminosos, a Turma entendeu aplicar o princípio da insignificância; e, reconhecendo esse princípio, evidentemente, entendeu que o fato é atípico, e, assim, impossível e o prosseguimento da ação penal, que foi, por este motivo, trancada. (EDHC 2008.01.00.068590-2/RR; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS, TRF 1ª Região, TERCEIRA TURMA, Relator(a): JUIZ TOURINHO NETO, julgado em 16/06/2009).²⁴³

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CALÚNIA ATRIBUÍDA À ADVOGADA. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO.

1. Nos crimes contra a honra, as expressões injuriosas devem atingir certa e determinada pessoa, o que, conforme se extrai da própria narrativa fática feita na denúncia, não ocorre na hipótese. 2. Narrando a inicial acusatória fato atípico, concede-se a ordem para trancar a Ação Penal por ela iniciada. A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de "habeas corpus". (HC Nº 2009.01.00.048389-4/PI, TRF 1ª Região, QUARTA TURMA, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, julgado em 20/10/2009).²⁴⁴

Ementa: PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. PREFEITO MUNICIPAL. ARTIGO 55 DA LEI Nº 9.605/98 E ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.176/90. EXTRAÇÃO DE

241- <http://www.tjrs.jus.br/busca>, acessado em 06/09/2011 às 10:00 hs.

242- Idem, acessado em 06/09/2011 às 10:10 Hs.

243- <http://www.trf1.jus.br/default.htm>, acessado em 08/09/2011 às 9:00 hs.

244- Idem, acessado em 08/09/2011 às 9:10 hs

RECURSOS MINERAIS. UTILIZAÇÃO. OBRAS PÚBLICAS. ATIPICIDADE. ARQUIVAMENTO. 1. O Prefeito Municipal que, sem autorização, concessão ou licença, extrai substância mineral, desde que utilize o material extraído em obra pública, não comete os delitos descritos no art. 55 da Lei n.º 9.605/98 e no art. 2º da Lei n.º 8.176/91. 2. Determinado o arquivamento integral do feito por atipicidade da conduta. (Processo N.º 0004649-73.2011.404.0000, TRF 4ª Região, QUARTA SEÇÃO, Relator(a): VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, julgado em 18/08/2011).²⁴⁵

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LEI N.º 7.492/86. ARTIGO 6º. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. ABSOLVIÇÃO. 1. Comprovadas a regularidade dos leilões efetuados, a conformidade do deságio na venda das LFTSC com aquele praticado no mercado à época dos fatos em operações de mesma natureza e a ciência dos órgãos de fiscalização quanto às operações em questão, não há falar em dolo dos denunciados no sentido de induzir ou manter em erro repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente, motivo pelo qual a conduta dos corréus não se subsume ao tipo penal insculpido no artigo 6º da Lei 7.492/86, consubstanciando fato atípico. 2. Em hipóteses como a dos autos - onde o Direito Penal cumpre o papel de reforço à tutela administrativa - tendo em vista que esse deve nortear-se pelo princípio da intervenção mínima, que assegura sua subsidiariedade e fragmentariedade, não cabe ao operador do direito atribuir à tutela penal rigidez maior que aquela exigida na esfera administrativa, sancionando o agente por condutas administrativamente aceitas ou mesmo estimuladas, como é o caso dos autos. 3. Constatado que a conduta dos réus é aceita na praxe administrativa, não sendo considerada anormal ou contrária ao regulamento do Banco Central, distancio-me da sentença prolatada por entender não se tratar de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade, vez que impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta perpetrada. (Processo N.º 2000.72.00.009640-0, TRF 4ª Região, SÉTIMA TURMA, Relator(a): NÉFI CORDEIRO, julgado em 30/08/2011).²⁴⁶

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. EMISSÃO DE CHEQUE PRÉ-DATADO. DÉBITO NÃO PAGO. ESTELIONATO. DESCABIMENTO. CÁRTULA QUE CONFIGURA GARANTIA DE DÍVIDA, E NÃO ORDEM DE PAGAMENTO À VISTA. FATO ATÍPICO. REPERCUSSÃO APENAS NA ESFERA CÍVEL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sufragou o entendimento de ser atípica a conduta de emitir cheque pré-datado cujo pagamento restou frustrado, porquanto, nesta hipótese, a cártula deixa de ser uma ordem de pagamento à vista, transformando-se em uma espécie de garantia da dívida. Assim, não há que se falar em prática de estelionato, seja na modalidade prevista no caput do art. 171 do CP, seja na modalidade inscrita no § 2º da aludida regra. 2. Desse modo, revela-se patente a atipicidade penal dos fatos imputados ao recorrido, encontrando os mesmos apenas ressonância na esfera cível, pelo que não merece prosperar a pretensão recursal. 3. Agravo a que se nega provimento. (Processo N.º 2007/0115760-9, AgRg no REsp 953222 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL, Relator(a): Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA do STJ, julgado em 21/08/2008).²⁴⁷

245- <http://www.trf4.jus.br/trf4>, acessado em 09/09/2011 às 14:00 hs.

246- Idem, acessado em 09/09/2011 às 14:10 hs.

247- <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>, acessado em 10/09/2011 às 10:00 hs.

Ementa: RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONTRATAÇÃO POR EMPRESA PÚBLICA DE ESCRITÓRIO ADVOCATÍCIO SEM LICITAÇÃO. FATO ATÍPICO. A LEI DISPENSA LICITAÇÃO QUANDO SE CONCEDE ÊNFASE AO ASPECTO DA CONFIANÇA. MITIGAÇÃO DO REQUISITO CAPACIDADE TÉCNICA. 1. Dois contratos foram celebrados com o compromisso de prestarem assessoria técnico-jurídica a empresa pública, dispensando-se a licitação com base no aspecto confiança. 2. Pouco importa que o escritório tenha sido instalado havia apenas dez dias, pois a lei não estabelece prazo mínimo. 3. A advocacia é restrita àqueles inscritos na OAB, já por si só, é trabalho que envolve notoriedade, a dispensar licitação. 4. Fato atípico, ordem concedida. (Processo Nº 2008/0248293-6, RHC 24862 / MG - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS, Relator(a): Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA do STJ, julgado em 24/08/2009).²⁴⁸

Ementa: AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de "lança-perfume". Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. Abolitio criminis. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. HC concedido. A edição por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais da Resolução ANVISA nº 104 de 7/12/2000, retirou o cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando **atípicos** o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução e extinguindo a **punibilidade dos fatos** ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL da Constituição Federal. (HC 94397 / BA - HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, Julgado em 09/03/2010).²⁴⁹

Ementa: AÇÃO PENAL. Denúncia. Imputação do crime de apropriação indébita. Art. 168, § 1º, inc. I, do CP. Não devolução de veículo objeto de contrato de compra e venda depois da desconstituição amigável deste. **Fato absolutamente atípico.** Caso de mero inadimplemento de obrigação de restituir, oriunda do desfazimento do negócio jurídico. Simples ilícito civil. Inexistência de obrigação original de devolver coisa alheia móvel e, sobretudo, de depósito necessário, inconcebível na hipótese. Caso de posse contratual. Inépcia caracterizada. Absolvição do réu. Votos vencidos. Não pratica apropriação indébita, segundo o tipo do art. 168, § 1º, inc. I, do Código Penal, o ex-comprador que, depois de amigavelmente desfeito contrato de compra e venda de veículo, deixa de o restituir incontinenti ao ex-vendedor. (AP 480 / PR – AÇÃO PENAL, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 11/03/2010).²⁵⁰

248- Idem, acessado em 10/09/2011 às 10:10 hs.

249- <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, acessado em 12/09/2011 às 11:00 hs.

250- Idem, acessado em 12/09/2011 às 11:10 hs.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todo o conteúdo exposto nesta pesquisa bibliográfica, podemos concluir de forma convicta, pela ratificação da problemática proposta desde o início desta obra monográfica, em especial, por termos cumprido nossa missão de fundamentar com base na doutrina do Direito Constitucional, tanto a nível nacional quanto a nível internacional, sobre as características dos princípios constitucionais, bem como, dos princípios gerais do direito.

Desenvolvemos nossa exposição teórica, sempre com o seu foco voltado para a análise do caráter normativo presente em tais princípios, ressaltando a importância e a necessidade de creditar aos mesmos e em caráter incondicional, as características de fontes primárias do Direito e de bases necessárias e fundamentais para a manutenção de um sistema jurídico qualquer, principalmente, os sistemas que utilizam o constitucionalismo moderno como técnica jurídica para construção de seu Estado.

Ao longo do nosso desenvolvimento, demonstramos como e de que forma, os referidos princípios adquiriram os aspectos de normatividade e de fontes primárias do direito, ressaltando, sobretudo, uma análise histórica sobre tais nuances, ou seja, não nos atendo apenas a uma análise puramente jurídica e, via de consequência, demonstrando a qualidade da importância destes princípios, em parêntese com a evolução obtida pela ciência do Direito no interregno histórico compreendido entre a idade moderna e a idade contemporânea, o qual foi marcado pela variação da concentração do poder estatal, bem como, pela forma como este mesmo Estado direcionava suas políticas em relação aos seus respectivos cidadãos ou em relação ao homem, na qualidade de sujeito dotado de dignidade e de direitos.

Direitos estes, que desde os acontecimentos das revoluções iluministas ocorridas no século XVIII, obrigam os Estados contemporâneos, e em demasia, os que adotam os preceitos intrínsecos na tríade filosófica “*Liberdade*”, “*Igualdade*” e “*Fraternidade*” como fundamento, a um agir, seja de modo positivo (ação), seja de modo negativo (omissão), a fim de se garantir e satisfazer o máximo de direitos inerentes à pessoa humana, que, reiterando, são os pressupostos para a existência daquilo que na atualidade se convencionou chamar juridicamente de “*Direitos e Garantias Fundamentais*”.

E são nestes institutos jurídicos, o lugar onde se constroem as vertentes do constitucionalismo moderno e meio por onde a humanidade conseguiu superar momentos de penosas conturbações políticas e sociais em várias partes do mundo, para posteriormente se consolidarem como uma das maiores virtudes jurídicas da atualidade, assim como, nos fundamentos para a constituição e o desenvolvimento de qualquer Estado que se denomine Democrático de Direito.

Não se esquecendo de reconhecer a participação de textos legislativos importantes, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, promulgada na França à época de sua respectiva Revolução, bem como, de outras constituições promulgadas sob a égide dos mesmos princípios que nortearam tal declaração, como a Constituição da atual unidade federativa norte americana de Virgínia, em 12 de junho de 1776, promulgada em período próximo à independência das treze colônias americanas, texto este, que tanto em termos históricos quanto em termos jurídicos, serviu de base para a proclamação da ainda atual Constituição dos Estados Unidos da América.

Quanto à ideia dos direitos e garantias fundamentais, desenvolvemos todo um arcabouço teórico capaz de demonstrar a evolução dos mesmos no que diz respeito às suas qualidades jurídico-interpretativas ao longo do tempo, uma vez que, não há que se falar nas suas existências, sem a existência evolutiva da própria concepção do constitucionalismo contemporâneo, na qualidade de pressuposto para a construção e manutenção de um Estado com características democráticas e de resguardo aos direitos sociais.

Ressaltando a essência desse tipo de Estado como um resultado pelo respeito ao primado dos direitos de personalidade inerentes ao homem, não só na qualidade de pessoa individual, mas também, como parte de uma coletividade, que por si mesma está a exigir a execução integral desses direitos e garantias, que são entrelaçados à natureza humana, principalmente, os entrelaçados ao exercício das liberdades em todas as suas vertentes de manifestação.

Deciframos ainda, como tais direitos estão caracterizados nas constituições contemporâneas dos últimos 04 (quatro) séculos e como os mesmos estão aptos e podem garantir o exercício, tanto de forma instrumental como de forma material, da totalidade destas liberdades individuais, que, como já dito, são inerentes à própria natureza humana e não uma

mera ficção jurídica criada de forma aleatória, por qualquer dispositivo legal em determinado ordenamento jurídico.

Quanto à problemática da liberdade, aqui entendida como um direito fundamental da pessoa humana, prevista em nossa carta magna de 1988 no seu art. 5º, descrevemos com a nitidez e os detalhes de praxe necessários, sobre os aspectos doutrinários e filosóficos que lhe são intrínsecos, em especial, enfocando a evolução deste aspecto natural do homem, com base no firmado legislativamente desde o estabelecimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 até os dias atuais, sempre valorizando a primazia do enfoque oferecido pela mais moderna técnica do constitucionalismo e da filosofia jurídica contemporânea existente no pensamento clássico de pensadores como *Montesquieu*, *Beccaria* e *Rousseau*, em suas obras “*O Espírito das Leis*”, *Dos Delitos e das Penas*” e “*O Contrato Social*” respectivamente.

Especificando a nossa linha de estudo, expomos como o direito à liberdade está posto e assegurado em nossa Constituição Federal de 1988, mais precisamente, no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, com o foco de análise baseado no que de melhor existe em termos de teorização no plano da doutrina constitucional, bem como, desenvolvendo dentro da objetividade que se exige para uma obra positivista como esta, um vasto apanhado de conjecturas aptas a descrever de forma convincente, sobre as nuances, características e variações inerentes a tal fenômeno, aqui defendido como um dos direitos mais importantes, dentre os tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

E sempre interligando o fundamento da defesa destas liberdades públicas com os instrumentos postos à disposição do cidadão, a fim ver surtida a realização de seus direitos individuais e coletivos.

Trabalhamos dentro do nosso quadrante temático, a descrição doutrinário-filosófica do princípio da legalidade e sua relação com a existência do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo, entendidos aqui, como técnicas jurídicas imprescindíveis à formação do Estado moderno.

Demonstramos com base nas teorias de pensadores como Hans Kelsen, a capacidade que possuem as normas jurídicas, fundadas e instrumentalizadas no princípio da ampla legalidade, em garantirem o exercício das mais variadas formas de direitos, como o exercício das liberdades públicas individuais e/ou coletivas.

Trabalhamos a teorização deste princípio, não só sob uma ótica positivista e extrema, como é o caso da visão dogmática e cartesiana oferecida por Hans Kelsen, em sua obra mais comentada e analisada pelos estudiosos do Direito, a “Teoria Pura do Direito”, mas, sobretudo, oferecendo ao público leitor desta obra monográfica, uma visão construtiva, analítica e propedêutica sobre este valor fundamental do Direito, principalmente, por ser o princípio em epígrafe, um dos elementos primários para a caracterização e a instrumentalização das ações do Estado em todas as suas vertentes de exercício de poder, ou seja, no exercício do seu poder de administrar, legislar e julgar, cada uma de forma independente, porém, harmoniosa com as outras duas.

Além disso, ressaltamos a função de garantia fundamental inerente e desempenhada pelo princípio da legalidade, desde o estabelecimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 até o atual estágio de desenvolvimento alcançado pelo constitucionalismo contemporâneo.

Todos estes motivos vieram a comprovar como a legalidade está determinada a uma duplicidade de focos, quando da regulamentação das ações do Estado em relação ao cidadão, pois, ao passo em que este mesmo Estado adquire a capacidade de exercer o seu poder de império, observamos, em contrapartida, a limitação do exercício deste mesmo poder através do fenômeno da lei, aqui entendida, como as diversas formas de atos legislativos que possuem a capacidade de regulamentar ou de prever valores, condutas e até punições, com sua elaboração presidida por um órgão ou sistema de Estado constituído e legitimado por meio de um contrato social, que confere esta característica e poder a tal órgão ou sistema, em prol da realização da paz social e do bem comum.

O referido princípio da legalidade é de tamanha importância, que não há que se falar em existência do Estado Democrático de Direito, bem como, no exercício das liberdades públicas e de outros direitos individuais, sem que haja a previsão desta garantia fundamental em seu respectivo ordenamento jurídico.

Quanto ao foco do nosso tema, qual seja, a interligação existente entre a *liberdade* e o *princípio da reserva legal* ou *legalidade estrita*, demonstramos a primordial importância da aplicação deste princípio, quando da previsão e da qualificação de condutas humanas por parte do legislador como criminosas, com a respectiva cominação de uma pena.

No desenvolvimento desta problemática, construímos um esboço histórico apto a descrever de forma objetiva e convincente, sobre as suas primeiras formas de manifestação e como o referido princípio estava exposto em diversos textos esparsos no período histórico correspondente entre a antiguidade e início da idade contemporânea, especificamente, até os meados do fim da Revolução Francesa de 1789.

Mas como não deveria faltar, descobrimos um criador-pai da frase latina que qualifica as reais intenções do princípio da reserva legal, qual seja, a frase “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, tradução da frase “*nullum crime e nulla poena, sine previa lege*” de autoria atribuída ao estudioso alemão Paul Johann Anselm Von Feuerbach, pai da ciência penal alemã moderna.

Quanto ao seu conteúdo material, desvencilhamos a função de garantia da liberdade que o referido princípio desempenha, ao se alocar como um princípio-pressuposto e limitador da força normativa do Estado, quando este, através de seu órgão legislativo competente tipifica ou qualifica determinadas condutas humanas como criminosas e, via de consequência, a previsão de uma pena por meio da competente lei.

Destacamos ainda, a qualidade de espécie que o *princípio da reserva legal* desempenha frente ao gênero *princípio da ampla legalidade*, quando este se constitui no princípio apto a regulamentar as mais diversas formas de comportamentos humanos, assim como, as ações realizadas por qualquer Estado quando da execução de seus atos em qualquer de suas modalidades, sejam os mesmos atos executivos ou administrativos, legislativos e judiciais, de modo, que para a espécie *princípio da reserva legal*, coube em grau subsidiário e exclusivo, a sua aplicabilidade primária no que diz respeito à regulamentação da tipificação de condutas humanas como criminosas, com estabelecimento de suas respectivas penas

Em face disso, comprovamos que a função precípua do princípio da reserva legal, constitui-se em garantir e estender o sentido da liberdade em sua visão mais ampla, ou seja, que os indivíduos que compõem uma coletividade, poderão praticar qualquer tipo de conduta e de acordo com o seu livre arbítrio, porém, tal liberdade estará em determinadas situações, fadada às restrições de alguns valores impostos pelo Estado, que em última instância, são as punições previstas em lei quando a conduta humana realizada estiver rigidamente prevista como crime anteriormente à execução ou consumação da mesma, bem como, com o estabelecimento de uma pena previamente cominada.

Tudo isso, nos induz a concluir de forma definitiva, que a expressão “reserva legal” equivale à expressão “reserva de liberdade”, além de ser a garantia da resolução dos conflitos sociais na última instância do Direito, qual seja, na instância subsidiária dos conflitos ocorridos na seara do crime, onde se tem como consequência, a aplicação das leis penais, que, reiterando, estão terminantemente subordinadas ao princípio da reserva legal, consagrado em nossa Constituição Federal no seu art. 5º, inc. XXXIX e arts. 1º do Código Penal e 1º do Código Penal Militar.

Em face do exposto, demonstramos a supremacia do exercício das diversas formas de liberdade em detrimento das ações do Estado nos seus variados níveis de atuação, em especial, os atos de Estado que tendem a suprimir as manifestações interligadas ao exercício da cidadania, com base no seu poder de polícia, e em demasia, o poder de polícia punitiva (*jus puniendi*) que o mesmo detém de forma exclusiva e como corolário das novas tendências constitucionalistas, já que o próprio Estado se submete ao crivo de suas leis.

Ao se focar nas leis de caráter criminal, as quais são o epicentro desta obra, pregamos que o sentido da liberdade deve ser estendido de tal forma, que podemos chegar à conclusão, de que nos Estados onde a aplicação do princípio da reserva legal se dá de forma intensa e frutífera, os seus cidadãos são livres para realizarem tudo o que quiserem, seja no plano abstrato da imaginação, seja no plano concreto da realidade, desde que tal conduta praticada, não esteja anteriormente qualificada como criminosa e que não exista uma punição já previamente estabelecida, sob pena de se sujeitarem às sanções dessa natureza.

Ou seja, podemos concluir, que a liberdade, apesar de não ser entendida como um valor absoluto constitui-se em uma regra a ser respeitada por qualquer ordenamento jurídico de base democrática, bem como, pelas ações do seu respectivo Estado e executadas através do seu poder de império, na ocasião, manifestado sempre em grau de exceção e subordinado às perfeitas exigências do Direito Penal moderno, o qual tende a portar-se cada vez mais, de forma científica, imparcial e finalista e com o máximo de respeito aos seus princípios constituidores, em detrimento de sua antiga visão causalista e pessoal, até então perversa e supressora dos direitos e garantias inerentes à pessoa humana, sobretudo, o direito à liberdade em todas as suas vertentes de manifestação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA**, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor – nº 48. Tradução de Torrieri Guimarães. S/E. Editora Martin Claret. São Paulo-SP, ano 2000.
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. Editora Malheiros. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo-SP, ano 2000.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª Ed. Revista e Aumentada. Editora Saraiva. São Paulo-SP, ano 2009.
- KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito: Introdução à Problemática Científica do Direito*. Versão condensada pelo próprio autor. Tradução de J. Cretella. Jr. e Agnes Cretella. 7ª Ed. Editora Revista dos Tribunais - (RT – textos fundamentais, nº 5). São Paulo-SP, ano 2011.
- LUISI**, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. S/E. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre-RS, ano 1991.
- MAGALHÃES FILHO**, Glauco Barreira . *A Essência do Direito*. 1ª Ed. Editora Riddel. São Paulo-SP, ano 2003.
- MIRABETE**, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 1ª Ed. Editora Atlas. São Paulo-SP, ano 1999.
- MONTESQUIEU** Baron de, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. 2ª Ed. Editora Martins Fontes. São Paulo-SP, ano 2000.
- ROUSSEAU**, Jean Jacques. *O Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal - nº 13. Tradução de Ciro Mioranza. S/E. Editora Escala. São Paulo-SP, ano S/D.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Ed. Editora Malheiros. Revista e Atualizada. São Paulo-SP, ano 2005.
- <http://www.planalto.gov.br>, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, acessado em 10/12/2011 às 10:00hs.

<http://www.planalto.gov.br>, *Código Penal Brasileiro, Dec-Lei N° 2.848/40*, acessado em 10/12/2011, às 10:10 hs.

<http://www.planalto.gov.br>, *Código Penal Militar Brasileiro, Dec-Lei N° 1.001/69*, acessado em 10/12/2011 às 10:20 hs.

<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg>, acessado em 01/09/2011 às 10:00 e às 10:10 Hs.

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/juris_resultado, acessado em 02/09/2011 às 10:30 e às 10:40 hs.

<http://www.tjpb.jus.br/portal/page/portal/tj/home/jurisprudencia>, acessado em 03/09/2011 às 09:00, às 09:10 e às 09:20 hs.

<http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia>, acessado em 04/09/2011 às 10:00 Hs.

<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg>, acessado em 05/09/2011 às 11:00 e às 11:10 Hs.

<http://www.tjrs.jus.br/busca>, acessado em 06/09/2011 às 10:00 e às 10:10 Hs.

<http://www.trf1.jus.br/default.htm>, acessado em 08/09/2011 às 9:00 e às 09:10 Hs.

<http://www.trf4.jus.br/trf4>, acessado em 09/09/2011 às 14:00 e às 14:10 Hs.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>, acessado em 10/09/2011 às 10:00 e às 10:10 Hs.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, acessado em 12/09/2011 às 11:00 e às 11:10 Hs.