ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

MEDIDA PROVISÓRIA 417/08 E SUA QUESTIONÁVEL CONSTITUCIONALIDADE: A QUESTÃO DA ABORDAGEM DE MATÉRIA PENAL

PROVISIONAL MEASURE 417/08 AND ITS QUESTIONABLE CONSTITUTIONALITY: THE ISSUE OF ADDRESSING CRIMINAL MATTERS

Luiz Gustavo Simões Valença de Melo*

RESUMO: A medida provisória 417/08, analisada sob o aspecto material, do ponto de vista penal, traz dispositivos que ensejam a suspensão da aplicação do artigo 12 da Lei nº. 10.826/03, contudo, por seu caráter temporário, não tem efeito retroativo em relação aos procedimentos e condutas ocorridas antes de sua vigência. Pelo aspecto formal a norma tem dispositivos inconstitucionais, pois contêm matéria penal, sendo portanto alcançados pela vedação expressa existente em nossa Constituição Federal de 1988. O controle jurisdicional da constitucionalidade da medida provisória tem as mesmas características das demais normas, de modo que deve ser exercido tanto de forma difusa como concentrada.
Palavras-chave: Medida provisória 417/08. Norma penal temporária. Inexistência de abolitio criminis. Inconstitucionalidade formal. Controle jurisdicional da constitucionalidade.

ABSTRACT: The provisional measure 417/08, analyzed under the material aspect from the criminal point of view brings devices that encourage the suspension of the application of article 12 of the Law n. 10.826/03, however, due to its temporary character, do not have retroactive effect in relation to the procedures and occured behaviors before its validity. Concerning the formal aspect the norm has unconstitutional devices, since they contain criminal aspects, being thus reached by the existing express prohibition in our Federal Constitution of 1988. The jurisdictional control of the constitutionality of the provisional measure in such a way has the same characteristics of the other norms having to be exerted both of diffuse and concentrated forms.
Keywords: Provisional measure 417/08. Temporary criminal norm. Inexistence of abolitio criminis. Formal unconstitutionality. Jurisdictional control of the constitutionality.

* Doutor em Direito Processual pela Universidade de Salamanca/Espanha. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito de Caruaru – FADICA/ASCES. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Caruaru – FADICA/ASCES. Promotor de Justiça em Pernambuco. Caruaru – Pernambuco – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Em 1° de fevereiro de 2008 entrou em vigor a Medida Provisória 417, que alterou e acrescentou dispositivos à Lei nº. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, e que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM -, e define crimes. As disposições da referida norma são, em geral, de caráter administrativo, disciplinando o registro, posse e porte de armas de fogo. Contudo, a Medida Provisória em comento traça também nova redação aos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, dispositivos estes de contorno eminentemente penal.

Diante disso é que se objetiva pontuar considerações acerca de algumas controvérsias de cunho formal e material que surgem em relação à aplicação e à constitucionalidade da mencionada norma.

Para atingir tal desiderato, após tecer algumas considerações preliminares sobre a importância do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito, far-se-á uma análise das controvérsias materiais, atinentes ao conteúdo e efeitos, da norma, sob o ângulo do Direito Penal, trazendo entendimento pretroriano de questões análogas.

Em seguida, será enfrentado o ponto nodal do presente estudo, qual seja: a sua natureza jurídica e consequente inconstitucionalidade formal da medida provisória, ante às limitações constantes do texto da Carta Política em vigor, e atinente às matérias tratadas nesse (excepcional) instrumento legislativo, sem olvidar a análise do controle jurisdicional da constitucionalidade.

2 MEDIDA PROVISÓRIA 417/08 E SUA NECESSÁRIA SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

É extreme de dúvida que a noção de Estado de direito que experimentamos está intimamente ligada ao conteúdo existencial do princípio da legalidade, uma vez que funciona como fator limitador

do poder político.[1] Ocorre que já não mais satisfaz ao Estado constitucional a qualidade de ser 'de direito', há que ser também democrático, encontrando sua legitimidade na democracia e nos direitos fundamentais nela positivados, de modo a evitar os abusos contra estes, qualquer que lhe seja a gênese.

Como salienta Canotilho:

> O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma 'linha Maginot' entre 'Estados que têm uma Constituição' e 'Estados que não têm uma constituição, isso não significa que o Estado constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do 'direito' e do 'povo' no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do 'poder dos cidadãos'.

Nesse contexto é que se pode afirmar que, juntamente com os demais princípios constitucionais e a democracia, o princípio da legalidade[2] forma a base do Estado democrático de direito "cuja essência consiste em com-

1 "O Estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, em primeiro lugar, o Estado como uma *constituição* limitadora do poder através do império do Direito. As idéias do 'governo de leis e não de homens', de 'Estado submetido ao direito', de 'constituição como vinculação jurídica do poder' foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law, Rechtaataat, principe de la legalitè*. No entanto, alguma coisa faltava ao Estado de direito constitucional – *a legitimação democrática do poder".* GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 94.

2 Afirma Bonavides que "O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição tão habituais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas". BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 112.

pendiar, numa união inviolável, a justiça, a liberdade e a igualdade".[3]

Voltando os olhos ao que é primordial ao objeto de nosso estudo, o princípio da legalidade, no âmbito do direito penal, se erige no mais importante princípio, com eminente função garantista. Entretanto, a legalidade, para que possa ser vista em sua inteireza, deve ser permeada tanto por seus aspectos materiais como formais, ambos indispensáveis ao reconhecimento da legitimidade de uma norma.

Neste contexto, ensina Greco que:

> [...] por legalidade formal entende-se a obediência aos trâmites procedimentais previstos pela Constituição para que determinado diploma legal possa vir a fazer parte de nosso ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, no que diz respeito à lei ordinária, para que se constate a sua legalidade, dever-se-á, após a iniciativa e discussão do projeto em plenário por ambas as casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), obter a maioria dos votos, presente maioria absoluta de seus membros, conforme disciplina o art. 47 da Constituição Federal.[4]

Obviamente que, à recepção de uma norma pelo ordenamento pátrio, não satisfaz a mera obediência às formas e procedimentos necessários à sua elaboração, havendo, também, que existir observância de seu conteúdo aos demais preceitos que compõem a ordem jurídica.

Segundo Ferrajoli:

> En efecto, el sistema de las normas sobre producción de normas – habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional – no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma – por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igual-

3 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 371.

4 GRECO, Leonardo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 109-110.

> dad – por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser invalida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.[5]

E arremata o jurista italiano afirmando que:

> La existencia de normas invalidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que puede llamar <vigencia> o <existencia>, que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la <validez> propiamente dicha o, si se trata de leyes, la <constitucionalidad>, que, por el contrario, tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción.[6]

Nesse diapasão, a análise da Medida provisória 417/08 passará por estes dois aspectos.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA MEDIDA PROVISÓRIA 417/08

3.1 CONTEÚDO MATERIAL DA MEDIDA PROVISÓRIA 417/08

Cingindo o foco ao conteúdo da Medida Provisória 417/08, entende-se que, à exceção dos dispositivos que alteram os artigos 30 e 32 da Lei nº. 10.826/03, os demais artigos têm natureza meramente administrativa não suscitando maiores controvérsias sobre sua aplicação, extensão e constitucionalidade. Contudo, vislumbra-se nos artigos retromencionados, desde logo, a possibilidade de reacender a discussão sobre seu alcance. Reacender, porque, quando da promulgação do texto original do Estatuto do Desarmamento, emergiu discussão atinente à verdadeira extensão dos dispositivos.[7]

5 FERRAJOLI, Luigui. **Derechos y garantías:** La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004. p. 20-21.

6 Idem, 2004. p. 21.

7 O texto original rezava: "Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se

As principais divergências suscitadas pelo mencionado Estatuto diziam respeito à aplicação dos artigos referentes ao crime de posse ilegal de arma de fogo, e a se o novel instrumento legislativo havia trazido a *abolitio criminis*, no curso de sua *vacatio legis*.

Oportunamente, o Superior Tribunal de Justiça, em relação à aplicação, decidiu que havia o artigo 32 do Estatuto do Desarmamento estabelecido uma *vacatio legis indireta*, postergando a aplicação dos dispositivos referentes aos crimes de posse ilegal de arma de fogo, tanto de uso permitido como de uso restrito - artigos 12 e 16, respectivamente, da Lei 10.826/03.[8]

Na mesma esteira, o referido pretório também entendeu que a *vacatio legis indireta* não alcançaria o delito de porte ilegal de arma.[9]

Entendo que a interpretação dada não merece reparo, pois o dispositivo postergava a entrada em vigor de dois artigos, prorrogando-lhes, assim, o período de *vacatio*.

---

a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei. Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo e no art. 31, as armas recebidas constarão de cadastro específico e, após a elaboração de laudo pericial, serão encaminhadas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ao Comando do Exército para destruição, sendo vedada sua utilização ou reaproveitamento para qualquer fim.". O caput do artigo foi alterado pelas Leis nºs 11.118/05 e 11.191/05, que prorrogaram o prazo para entrega das armas.

8 PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. FLAGRANTE OCORRIDO DENTRO DO PERÍODO CHAMADO DE VACATIO LEGIS INDIRETA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO QUANTO AO DELITO TIPIFICADO NO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI 9.605/98. VIABILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. As condutas previstas nos arts. 12 (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 16 (posse ilegal de armas de fogo de uso restrito) da Lei 10.826/03 praticadas dentro do período de regularização ou entrega de arma de fogo à Polícia Federal não são dotadas de tipicidade. 2. Flagrado o paciente dentro do período chamado de *vacatio legis* indireta, em que estava suspensa a eficácia do preceito legal que dispõe sobre o delito que lhe foi imputado, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. (HC 47706 / SP – Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento 09/08/2007 - Data da Publicação/Fonte - DJ 10.09.2007 p. 249).

9 HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO NA VIGÊNCIA DA LEI 9.437/97. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE. VACATIO LEGIS DOS ARTS. 30 E 32 DA LEI 10.826/03 INAPLICÁVEL, NA HIPÓTESE. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA. 1. A Lei 10.826/03 não aboliu o crime de porte ilegal de arma de fogo e munições, anteriormente regulado pelo art. 10 da Lei 9.437/97, prevendo-o, expressamente, agora nos arts. 12, 14 e 16, inclusive com alteração da pena máxima para maior, inexistente, assim, a abolitio criminis do referido delito. 2. Esta Corte firmou o entendimento de ser atípica a conduta apenas no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no período estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização. A conduta de portar arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que ensejou a condenação do impetrante/paciente, continuou típica e não foi abrangida pela descriminalização temporária. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (HABEAS CORPUS Nº 71.821 - MG RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

De outra parte, no que tange à retroação do estatuto do desarmamento, decidiu recentemente, a Corte Constitucional, não haver *abolitio criminis*.

A Turma indeferiu habeas corpus em que se pretendia o reconhecimento da extinção da punibilidade com fundamento na superveniência de norma penal descriminalizante. No caso, o paciente fora condenado pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (Lei 9.437/97, art. 10, § 2º), em decorrência do fato de a polícia, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, haver encontrado uma pistola em sua residência. A impetração sustentava que, durante a vacatio legis do Estatuto do Desarmamento, que revogou a citada Lei 9.437/97, fora criada situação peculiar relativamente à aplicação da norma penal, haja vista a concessão de prazo (Lei 10.826/2003, artigos 30 e 32) aos proprietários e possuidores de armas de fogo, de uso permitido ou restrito, para que lhe regularizassem a situação, ou lhe efetivassem a sua entrega à autoridade competente, de modo a caracterizar o instituto da *abolitio criminis*. Entendeu-se que a vacatio legis especial prevista nos artigos 30 e 32, da Lei 10.826/2003 ("Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 dias (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos. Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei."), não obstante tenha tornado atípica a posse ilegal de arma de fogo havida no curso do prazo que assinalou, não subtraiu a ilicitude penal da conduta que já era prevista no art. 10, § 2º, da Lei 9.437/97 e continuou incriminada, com mais rigor, no art. 16 da Lei 10.826/2003. Ausente, assim, estaria o pressuposto fundamental para que se tivesse como caracterizada a *abolitio criminis*. Ademais, ressaltou-se que o prazo estabelecido nos mencionados dispositivos expressaria o caráter transitório da atipicidade por ele indiretamente criada. No ponto, enfatizou-se que se trataria de norma temporária que não teria força retroativa, não podendo, pois, configurar, *abolitio criminis* em relação aos ilícitos cometidos em data anterior. HC 90995/SP, rel. Min. Menezes Direito, 12.2.2008. (HC-90995).[10]

10 Informativo STF nº. 494 - Brasília, 1º a 15 de fevereiro de 2008. Contudo há que se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, anteriormente, havia decidido em sentido contrário ao entendimento, atual, da

Contextualizando essas questões, em relação à medida provisória 417/08, que dispõe:

> Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo de fabricação nacional, de uso permitido e não registradas, deverão solicitar o seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário.
> Parágrafo único. Os possuidores e proprietários de armas de fogo de procedência estrangeira, de uso permitido, fabricadas anteriormente ao ano de 1997, poderão solicitar o seu registro no prazo e condições estabelecidos no caput. (NR)
> [...]
> Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente, mediante recibo e, presumindo-se de boa fé, poderão ser indenizados.
> Parágrafo único. O procedimento de entrega de arma de fogo de que trata o caput será definido em regulamento. (NR)

Pensamos que, aqui, já não se pode falar em *vacatio legis*,[11] o que

Suprema Corte, sublinhando-se a importância da discussão. RECURSO ESPECIAL Nº. 895.093 - RS (2006/0188728-2). RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ. RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RECORRIDO: ROSINHA SILVA DA SILVA (PRESA). ADVOGADO: LUIZ ALFREDO SCHUTZ - DEFENSOR PÚBLICO. EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PENAL. POSSE DE ARMA DE FOGO. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. PREVISÃO NOS ARTS. 30, 31 E 32 DA LEI N.º 10.826/03. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO AO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 9.437/97. 1. Diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro ou entrega da arma de fogo à Polícia Federal, nos termos do arts. 30, 31 e 32 da Lei 10.826/03, houve uma *abolitio criminis* temporária, no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo. 2. Com base no art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal e no art. 2.º, do Código Penal, esta *abolitio criminis* temporária deve retroagir para beneficiar os Réus apenados pelo crime de posse de arma de fogo perpetrado na vigência da Lei n.º 9.437/97. Precedentes. 3. Recurso conhecido e desprovido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 26 de junho de 2007 (Data do Julgamento) MINISTRA LAURITA VAZ- Relatora. Documento: 2951695 - EMENTA / ACORDÃO, DJ: 06/08/2007.

11 Como nos mostra De Plácido e Silva. "Vacatio Legis". Do latim, significa vacância da lei, ou seja, período de tempo entre a data da publicação da lei e o início de sua vigência". SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 259. v.5.

representaria mesmo uma contradição, uma vez que a Lei 10.826/03 está em pleno vigor, desde 2006, quando findou a última prorrogação do prazo original para entrega voluntária das armas. No instante da entrada em vigor da norma, não mais se pode falar em *vacatio*. O estabelecimento de novo prazo deve ser enquadrado com natureza jurídica de norma de caráter temporário,[12] tendo como efeito imediato a suspensão da aplicação do artigo 12, do Estatuto do Desarmamento – relativo ao crime de posse ilegal de arma de uso permitido –, visto que confere prazo até 31.12.08 para entrega das armas, facultada, aos possuidores, até então, a prerrogativa da posse.

Sob outro aspecto, pela condição de lei temporária não poderá ter efeito retroativo, ou seja, não afetará os procedimentos e condutas praticadas antes da entrada em vigor. Sua aplicação retroativa, ainda que para beneficiar o réu, adviria de uma interpretação assistêmica e equivocada, com grave violação de conceitos básicos de nosso ordenamento penal.

3.2 ASPECTOS FORMAIS DA MEDIDA PROVISÓRIA 417/08 E SEU CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Se, sob o ponto de vista material, a Medida Provisória 417/08 provoca controvérsias, no tocante à análise formal há sérias indagações quanto à sua constitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 32/01 alterou a redação do artigo 62 da Carta Política em vigor[13], trazendo vedação expressa à edição de medida provisória que verse sobre matéria penal, ainda que a competência para legislar sobre direito penal seja exclusiva da União, consoante o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, deverá, obrigatoriamente, fazê-lo através de Lei, que não de medida provisória.

Ressalte-se que, mesmo antes da Emenda 32/01, a maioria dos autores já entendia não ser possível a matéria penal integrar esse tipo excepcio-

12 "Considera-se lei temporária a lei quando esta traz expressamente em seu texto o dia do início, bem como o término de sua vigência". GRECO, Leonardo. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p.127.

13 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) **direito penal**, processual penal e processual civil; [...]. (Sem grifo no original).

nal de norma. À época, afirmava Silva Franco que:

> [...] com tais características, pode a medida provisória servir de instrumento normativo adequado à abordagem da disciplina penal? A resposta à indagação só poderá ser negativa. Tal como o decreto-lei, a medida provisória ocupa um lugar de inferioridade, em relação à lei em sentido estrito. Não se argumente com o fato de que o texto constitucional relativo à medida provisória não sofre nenhuma restrição em seu raio de incidência. O dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, mas deve ser submetido a uma interpretação sistemática para a qual contribuem outros princípios constitucionais tais como o da legalidade e da separação dos poderes.[14]

Entretanto, como ficou visto, o constituinte reformador expurgou qualquer controvérsia sobre o tema, ao incluir, de forma expressa e unívoca, no texto constitucional, a vedação.

Alexandre de Moraes pontua o debate asseverando que:

> [...] em um Estado democrático de direito, jamais haveria a possibilidade de conciliação do *status libertatis* do cidadão com a criação de crimes e sanções penais discricionariamente por uma única pessoa – Presidente da República – por meio de uma espécie normativa temporária e, portanto, de duração efêmera.
> A EC nº. 32/01, em defesa dos direitos fundamentais e atendendo aos reclamos da doutrina, consagrou a absoluta vedação à edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal e processual penal.[15]

Parece claro, também, o caráter penal da medida provisória sob comento, quando estabelece nova redação aos artigos 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, dado que tem como consequência a suspensão da aplicabilidade do artigo 12 do mesmo Estatuto. Ora, a natureza de norma penal não é atribuída às normas com finalidade punitiva, unicamente.

Sobre o tema, Greco leciona de maneira cristalina, ao afirmar:

14 FRANCO, Alberto Silva. *Lex-RJTJESP* 123/16.

15 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1195.

> As normas penais existentes no Código não têm como finalidade única e exclusiva punir aqueles que praticam as condutas descritas nos chamados tipos penais incriminadores. Existem normas que, ao invés de conterem proibições ou mandamentos os quais, se infringidos, levarão à punição do agente, possuem um conteúdo explicativo, ou mesmo têm a finalidade de excluir o crime ou isentar o réu de pena. São as chamadas *normas penais não incriminadoras*. Dessa forma, podemos destacar dois grupos de normas: a) normas penais incriminadoras; b) normas penais não incriminadoras.[16]

Com efeito, a vedação de edição de medida provisória em material penal é ampla, abrangendo tanto as normas penais incriminadoras como aquelas não incriminadoras, pois não parece ter tido o legislador constitucional a intenção de limitar a abrangência do dispositivo. Ao contrário, se assim o quisesse o dispositivo, se restringiria eventualmente *à criação de tipos penais*.

Ante tais razões, entendemos que caracterizada está a inconstitucionalidade formal[17] da Medida Provisória 417/08.

Cabe acentuar que, em termos de controle da constitucionalidade, a medida provisória, apesar de seu caráter de ato normativo peculiar, está sujeita ao controle de constitucionalidade como as demais leis ou atos normativos.

O controle jurisdicional das medidas provisórias é possível, tanto em relação à disciplina, dada a matéria tratada pela mesma, quanto em relação aos próprios limites materiais e formais previstos constitucionalmente, inclusive em relação aos requisitos de relevância e urgência.

A esta última forma de controle jurisdicional, o posicionamento do STF, desde a constituição anterior e a respeito dos antigos decretos-leis, é inadmiti-lo, por invasão da esfera discricionária do Poder Executivo, salvo quando flagrante o desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar.[18]

Por isso, demonstrada a inconstitucionalidade formal da medida provisória 417/08, no que tange aos dispositivos dos artigos 30 e 32 da Lei nº. 10.826/03, cabe, aos julgadores de primeira instância, pelo con-

16 GRECO, Leonardo. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p.22.

17 A inconstitucionalidade formal diz respeito tão-somente a um desvio na elaboração do ato. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 402.

18 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1202.

trole difuso de constitucionalidade, sua aplicação no caso concreto[19], enquanto a Corte Constitucional não o faça definitivamente, se devidamente provocada, no exercício do controle concentrado.

4 CONCLUSÃO

Sendo o princípio da legalidade uma das pilastras fundamentais do Estado Democrático de Direito, como instrumento de garantia contra os abusos do poder político, devem as normas emitidas render obediência ao princípio da legalidade, bem como aos demais preceitos fundantes do modelo estatal. Com efeito, o fiel cumprimento do princípio da legalidade há de ser permeado por aspectos de naturezas materiais e formais. As normas legítimas são aquelas em que não só se tem em vista seu conteúdo, de acordo com o ordenamento em que se inserem, mas que também devem ser emitidas pelo órgão competente, seguindo os ritos determinados pela Constituição Federal de 1988, havendo, portanto, a necessária conjunção desses dois elementos.

O conteúdo da Medida Provisória 417/08 faz reviver algumas controvérsias de natureza penal surgidas quando da promulgação do Estatuto do Desarmamento – Lei nº. 10.826/03 – quanto à aplicabilidade e à extensão. No entanto, as Cortes pátrias já traçaram o norte a ser seguido e, em relação a este, as decisões foram justas e jurídicas, ao fazerem uma interpretação, sistêmica e conforme a Carta Magna de 1988, para os casos concretos.

Ocorre que, ao se perquirir sobre os aspectos formais da Medida Provisória 417/08, parecer ser inexorável o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, no que tange aos artigos 30 e 32, da Lei nº. 10.826/03, pelo conteúdo material penal, o que é expressamente vedado pela Constituição Federal em vigor.

Assim, invadindo a esfera de competência do Legislativo, o Poder Executivo emitiu ato formalmente inconstitucional.

Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade, devem ser aplicados

19 O controle formal é estritamente jurídico. Confere ao órgão incumbido a competência para examinar a conformidade das leis com a Constituição, do ponto de vista de observância das formas estatuídas, se a regra não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes. Tal controle é técnico. Não examina conteúdo ou substância da lei em exame. POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 82.

os controles, inicialmente o difuso e *a posteriori* o concentrado, para anular os efeitos da mencionada norma no nosso ordenamento, em ordem a manter a harmonia e a coerência do sistema.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigui. **Derechos y garantías:** La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Lex-RJTJESP,** v. 123, n. 16.

GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GRECO, Leonardo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SUPERIOR TRIBUINAL FEDERAL. **Informativo STF** n°. 494. Brasília, 1º a 15 de fevereiro de 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.5.

Correspondência | Correspondence:

Luiz Gustavo Simões Valença de Melo
Faculdade de Direito de Caruaru, Associação Caruarense de Ensino Superior – FADICA/ASCES, Av. Portugal, 584, Bairro Universitário, CEP 55.016-400. Caruaru, PE, Brasil.
Fone: (81) 2103-2000.
Email: lgustavo22@hotmail.com