

Infrações penais e medidas provisórias

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
Procurador de Justiça — SP

Ao ensejo da edição do chamado “Plano Brasil Novo”, e dentre suas principais medidas, como sabido, figuraram as que criaram tipos penais novos, e a saber: a) MEDIDA PROVISÓRIA N.º 153, de 15.3.90, definindo os “crimes de abuso do poder econômico” e b) MEDIDA PROVISÓRIA N.º 156, da mesma data, que definira “crimes contra a Fazenda Pública, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que os pratiquem”.

Grande celeuma surgiu a respeito do aspecto de sua constitucionalidade ainda que calcadas no disposto pelo art. 62 da Constituição de 5.10.88, chegando-se mesmo a intentar ação direta de declaração de sua inconstitucionalidade pela Procuradoria-Geral da República, até que o próprio Governo Federal houve por bem revogá-las por intermédio da MEDIDA PROVISÓRIA N.º 175, de 27.4.90.

Dentre os principais argumentos, que se levantaram contra as indigitadas medidas provisórias, notadamente na respeitável ação de inconstitucionalidade, destacam-se os seguintes, em síntese: embora não limite o texto do art. 62 da CF, a matéria sobre a qual possam versar as novas medidas de exceção à formulação ordinária do ordenamento jurídico, não poderiam versar sobre a definição de delitos e respectivas penas, em face do princípio da legalidade previsto pelo inc. XXXIX do art. 5.º ainda da CF (**nullum crimen, nulla poena sine lege**), dando-se especial ênfase ao termo “lei”, isto é, no seu caráter estrito e no sentido de significar precipuamente o produto formal da atividade ou função legislativa do Estado, desempenhada por seus órgãos competentes, não podendo os que exercem a função ou atividade executiva da mesma sociedade política por excelência substituir aquel'outra, sob pena de comprometer-se o funcionamento harmônico das três esferas do exercício da soberania do Estado.

Assim, se tal fosse admitido, nenhuma segurança teriam os componentes da população do Estado cuja liberdade de locomoção estaria a todo momento ameaçada pela difusidade de atribuições.

Além disso, “a eficácia imediata de medida provisória definidora de crimes e impositora de penas privativas de liberdade e pecuniárias, como as ora contempla-

das, fará com que alguém possa ser constrangido a se submeter a processo penal e a eventual condenação, antes que a medida provisória se converta em lei pelo Congresso Nacional".

"Se por este rejeitada", continua a respeitável arguição de inconstitucionalidade por via direta "o dano à liberdade individual será irreparável, tornando-se inócua qualquer disciplina pelo Poder Legislativo, quanto à situação tática imposta ao indivíduo pela medida provisória".

Também em artigo intitulado "A Medida Provisória e o Princípio da Legalidade", o ilustre Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo Alberto Silva Franco (Revista dos Tribunais, volume 648, págs. 366 e 368) critica a forma utilizada pelo órgão executivo da soberania do Estado para criar tipos penais e respectivas sanções, traçando pertinente paralelo entre os "decretos-leis" do direito constitucional anterior (art. 55 da Emenda Constitucional de 1969) e as "medidas provisórias" do atual (art. 62 da CF de 1988), merecendo citação as conclusões comparativas a que se chegou: enquanto que os primeiros se baseavam nos critérios de "urgência" ou "relevância", e apenas eram admitidos para a disciplinação de determinadas matérias, convalidando-se em caso de não apreciação pelo Congresso Nacional dentro de dado prazo, não acarretando, outrossim, sua rejeição a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência, as segundas exigem os critérios de "relevância" e "urgência", de maneira geral, não têm limites de matérias sobre as quais possam versar, e perdem totalmente a eficácia caso não aprovadas no prazo de 30 dias desde sua edição.

É mister, outrossim, que se colacione do ponderável artigo do ilustre magistrado paulista trecho em que tece considerações sobre os critérios informativos das medidas provisórias, ou seja:

"Embora o pressuposto da relevância seja próprio da matéria penal cuida-se, aqui, da mais grave das sanções do arsenal estatal e justamente daquela que atua quando as demais sanções do ordenamento jurídico fraquejaram ou se revelaram inoperantes não se pode dizer o mesmo com relação ao pressuposto da 'urgência'. A urgência **é expressão de uma necessidade do Estado: a necessidade de atuar rapidamente**' (Vives Antón, 'Estado Derecho y Derecho Penal' in Derecho Penal y Constitución, 1982, pág. 29) e tal necessidade não condiz com o Direito Penal. Com efeito, se através do Direito Penal se determina a imposição de uma pena, se estão em jogo direitos e liberdades que necessitam ser salvaguardadas diante do próprio Poder Executivo, não se compreenderia que razões de urgência pudessem desguarnecer a transferência de suas garantias e permitir a transferência de poderes legislativos ao Poder Executivo de forma que, nas mãos deste, ficasse a possibilidade de concretizar disposições penais" (destaques nossos).

Conclui-se, pois, que em matéria penal se não pode sequer recorrer a fontes outras do direito (costumes, jurisprudência, doutrina, princípios gerais de direito etc.), diante do princípio absoluto da reserva legal, por maior razão não se admitirá medidas excepcionais de vida efêmera para a criação de delitos e penas.

Não nos parecem acertados, todavia, e com a devida vênia, tais pontos de vista. Se não, vejamos.

Como bem o reconhecem até mesmo os que se mostram contrários à edição de medidas provisórias para efeitos penais, o texto constitucional enfocado efetivamente não apresenta qualquer limitação de matérias que podem ser seu objeto, ao

contrário dos extintos "decretos-leis", tendo além disso força de lei e, por únicos requisitos, a urgência e relevância que devem ser aquilatadas pelo seu editor. Apenas e unicamente os dois requisitos, saliente-se.

O mesmo se diga com relação aos antigos "decretos-leis" sobretudo quando se equiparou, para efeitos penais, por exemplo, "congelamento" a "tabelamento" de preços de bens e serviços, a saber:

"Firmou-se no STF, em Plenário, a partir do julgamento unânime do RHC 64.182-2-RS, a 1.º.7.86, o entendimento no sentido de que o desrespeito ao congelamento de preços, determinado pelo art. 36 do DL n.º 2.283, de 27.02.86, e equiparado a tabelamento, para todos os efeitos (inclusive penais), pelo parágrafo segundo do art. 35 do DL n.º 2.284, de 10.3.86, pode configurar, em tese, o delito previsto no art. 2.º, VI da Lei n.º 1.521/51" (Relator Ministro Sydney Sanches, 1.ª Turma, em 4.8.87, v.u. in DJU de 28.8.87, pág. 17.572).

Também nos parece equivocado afirmar-se que no caso não haveria "urgência" e já que se reconhece, por outro lado, que a "relevância" é manifesta, fiquemos apenas com esse aspecto.

Com efeito, basta compilar-se os inúmeros diplomas legais baixados por força do chamado "Plano Brasil Novo" para concluir-se de imediato que as medidas provisórias que tratavam de matéria penal nasceram precisamente de urgência de se coibir comportamentos contrários à efetivação da nova política econômica, fiscal, e financeira do País.

Caso contrário, e sabendo-se serem os diplomas legais existentes (por exemplo: a Lei n.º 1.521/51, que pune os crimes contra a economia popular; a Lei Delegada n.º 4/62, que pune os abusos do poder econômico, aliada à Lei n.º 4.137/62, e a Lei n.º 4.729/65, que pune a sonegação fiscal, entre outras) insuficientes, lacunosas ou no mínimo desatualizadas diante do evidente progresso tecnológico e científico do País, propiciando toda a sorte de novas fraudes contra a ordem econômica e o consumidor, em última análise, de nada adiantaria os meros instrumentos de natureza administrativa, apenas para assegurar-se a eficácia das mesmas diretrizes econômicas, financeiras e fiscais.

Ao tratar da intervenção do Estado no domínio econômico, e exatamente ao discutir da validade da fixação de preços por intermédio de tabelamentos, ou então seu controle mediante o "congelamento" de preços, tudo mediante medidas provisórias, e mais especificamente durante o chamado "Plano Verão" (v. Medida Provisória n.º 32/89 e Lei n.º 7.730/89), o ilustre Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., in "Interpretação e Estudos da Constituição de 1988, Ed. Atlas 1990, pág. 24, pondera que a "ordem constitucional brasileira aceita o intervencionismo, mas não o dirigismo econômico" sendo "preciso, porém, antes de uma palavra conclusiva sobre a disciplina de preços, enquadrar o fenômeno do planejamento e a atividade planejadora do Estado no contexto da ordem econômica".

E, ao reconhecer, já naquela oportunidade, que o Estado nada mais fazia do que tentar controlar o fenômeno inflacionário mediante os instrumentos que acompanharam as mencionadas medidas e leis em que se transformaram posteriormente, conclui que "a rigor, portanto, parece-nos que o chamado 'Plano Verão' é menos um documento que consubstancia um planejamento de medidas que pretendem viabilizar uma política econômica", asseverando, porém, que "a distinção entre planejamento/plano e política econômica é importante quando queremos confron-

tar a Lei n.º 7.730 e as Medidas Provisórias que se lhe seguem com os dispositivos constitucionais que fazem do Estado um agente normativo e regulador da economia”.

Ora, não se tratava, por conseguinte, de urgência na, por assim dizer, “amarracão” ou garantia de todo o sistema implantado, sob pena de seu sério comprometimento? Em que sentido o legislador constitucional teria colocado referido termo, se não para querer refletir, no âmbito das medidas provisórias, a premência de certas normas comportamentais sem as quais restariam inócuas medidas outras igualmente relevantes e urgentes?

Aliás tanto a Medida Provisória n.º 153 como a de n.º 156 traziam tipos novos e sem dúvida relevantes, como por exemplo, os do art. 1.º que puniam comportamentos graves no campo do abuso do poder econômico, antes somente puníveis no âmbito administrativo e civil (vide Lei n.º 4.137/62), o mesmo ocorrendo com os arts. 2.º e 3.º que trazem tipos como da “venda casada” (fraudes ao consumidor na oferta de produtos), “publicidade enganosa” etc., todos de suma “relevância”, sem dúvida e mais ainda de manifesta “urgência”, sobretudo diante de tão importante e sem dúvida ousado programa de reforma econômica em todos os seus níveis.

Aliás, providências semelhantes já haviam sido propostas por meio do Projeto de Lei n.º 2.176, de 1989 (Mensagem do Executivo n.º 179/89), mas rejeitado na Câmara dos Deputados, permitindo-nos colacionar, *in verbis*, a respeito, a notícia dada pela “Folha de S. Paulo”:

“A Câmara rejeitou o Projeto n.º 2.176 do Executivo, que capitulava os crimes contra a economia popular estabelecendo pesadas multas para quem burlasse o congelamento.

A rejeição do Projeto foi impulsionada pelos empresários Daniel Schagoff (Fiesp/CNI), Edmundo Klotz (Abia), Paulo Vellinho e José Augusto Marques (Abinee)” — Folha de S. Paulo — edição de 17.6.89, pág. B-2 (Economia) sob os títulos “Alívio nas Empresas” e “Lobby Ativo”.

.....

E isto com todo o tempo para sua discussão pelo poder competente, por certo.

Por outro lado, e consoante outras críticas tecidas com relação à ineficácia das medidas que poderiam causar sérios constrangimentos aos implicados em fatos que posteriormente não mais seriam encarados como crimes diante da não aprovação da medida provisória contendo tipos penais, tenha-se em conta que o Código Penal já prevê tal aspecto ao consignar, expressamente, em seu art. 3.º que:

“A LEI EXCEPCIONAL OU TEMPORÁRIA, EMBORA DECORRIDO O PERÍODO DE SUA DURAÇÃO OU CESSADA AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE A DETERMINARAM, APLICA-SE AO FATO PRATICADO DURANTE SUA VIGÊNCIA”.

.....

Por que razão, pois, tamanha celeuma em torno do tema?

O que importa é haver resposta imediata, em casos de urgência, a fatos que comprometam a sociedade como um todo, como certamente foi o das medidas provisórias ora em discussão, tendo-se perdido importante oportunidade no sentido de aprimorar-se e atualizar-se de vez, isto sim, o conjunto de diplomas legais de caráter econômico-penal já existente, tarefa à qual se vêm entregando sucessivamente eminentes juristas desde 1984, quando respeitável comissão composta pelos

ilustres Professores Antonio Vicente da Costa Júnior, Edson Freire O'Dwyer e Galba Menegale, além dos dignos Desembargadores Diwaldo Azevedo Sampaio, Humberto Teodoro Júnior e Maria Teresa Braga chegaram a esboçar legislação moderna a respeito, trabalho tal aproveitado posteriormente pelo então Ministro Saulo Ramos, por iniciativa do hoje ilustre Ministro José Celso de Mello Filho, e que dera origem ao projeto de lei rejeitado conforme atrás assinalado.