



Brasília, 14 de maio de 2009.

NOTA TÉCNICA 03/2009

Ref. ao Projeto de Lei de Conversão nº 02, de 2009, oriundo da Medida Provisória 449/2008.

A Associação dos Juizes Federais – AJUFE, entidade de classe de representação dos juizes federais do Brasil, no cumprimento de seu dever institucional de colaborar com o justiça brasileira, solicita **VETO PRESIDENCIAL** ao art. 78 do Projeto de Lei de Conversão nº 02, de 2009, originado da Medida Provisória 449/2008, por mostrar-se inconstitucional e contrário ao interesse público, pelos motivos que passam a expor:

O texto aprovado contém o seguinte dispositivo:

“Art. 78. A hipótese de exclusão de ilicitude prevista no inciso III do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, aplica-se aos agentes públicos incumbidos da execução de medidas excepcionais com o propósito de assegurar liquidez e solvência ao Sistema Financeiro Nacional, de regular o funcionamento dos mercados de câmbio e de capitais e de resguardar os interesses de depositantes e investidores.

Parágrafo único. No cumprimento das medidas excepcionais referidas no caput deste artigo, os agentes públicos não responderão civilmente ou com base na Lei nº8.429, de 2 de junho de 1992, salvo nos casos de dolo ou comprovada má-fé.”



Direito penal e Medida Provisória são conceitos inconciliáveis. Tratar da liberdade das pessoas é assunto somente reservado à lei. Tanto é assim que o constituinte deixou claro que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (inc. XXXIX do artigo 5o., CF/88) e o campo do direito penal foi expressamente vedado pelo constituinte ao Poder (Executivo) que pode adotar Medidas Provisórias (alínea “b” do inciso I do artigo 62, CF/88).

Se criar crime representa uma atividade que exige reflexão e ponderação incompatíveis com a urgência que caracteriza as medidas provisórias, o mesmo se pode dizer da determinação de perdão que caracteriza a anistia. No caso da anistia, o constituinte foi igualmente claro, ao dizer que cabe ao Congresso Nacional a “concessão da anistia” (inc. VIII do artigo 40, CF/88), afastando, portanto, de modo cabal, a ingerência do Poder Executivo neste assunto.

Neste contexto, é inconstitucional o aditamento feito à Medida Provisória 449/2008, em seu art. 78, que, inobstante finalidades razoáveis que possa ter, concede, na prática, anistia aos *“agentes públicos incumbidos da execução de medidas excepcionais com o propósito de assegurar liquidez e solvencia ao Sistema Financeiro Nacional, de regular o funcionamento dos mercados de câmbio e de capitais e de resguardar os interesses de depositantes e investidores.”*

De nada adianta argumentar-se que não se trata de concessão de anistia, pois, dir-se-ia, o aditamento somente exporia uma nova hipótese da causa de exclusão de ilicitude do “estrito cumprimento do dever legal” (inciso III do artigo 23 do Código Penal). Esta linha de argumentação não pode ser aceita por dois motivos. O primeiro é o de que a criação de uma nova causa de exclusão da ilicitude é uma ingerência ainda maior no campo penal que a estatuição de anistia. A anistia, embora extinga a punibilidade, o faz de modo contundente, apagando todos efeitos penais do cometimento do crime. Mesmo assim, crime houve: fato típico, antijurídico e culpável, extinguindo-se apenas a punibilidade deste fato. Ora, no caso do aditamento da MP 449, pretende-se algo ainda mais radical, pois pretende-se que o fato deixe de ser antijurídico. Se para



conceder anistia, quando existiu um crime, necessita-se de lei, que se dirá de afastar a ilicitude de uma conduta, torná-la, na prática, um “não-crime”. Em segundo lugar, não importa a forma, a roupagem que se queira dar a um artigo, mas sim seu conteúdo, e o conteúdo deste aditamento à MP 449 é o de exclusão de responsabilidade das autoridades que menciona.

Há ainda outra inconstitucionalidade no aditamento à MP 449. Estabelece a Constituição nitidamente que os agentes públicos devem responder pelos danos que causarem à terceiros. No caso de dolo ou culpa do agente público, o Estado teria direito, contra eles, de ajuizar “ação de regresso” (art. 37, §6º da CF).

Ou seja: se somente cabe direito de regresso nos casos de dolo e/ou culpa por parte do agente público, significa que existem outras hipóteses, além destas, nas quais o Estado continua respondendo, apenas não tendo direito de regresso. Em outras palavras: a responsabilidade do Estado e de seus agentes, pela Constituição, não precisa derivar necessariamente de dolo ou culpa. Pois o presente aditamento restringe a responsabilização dos agentes públicos que menciona, ao menos para os fins da Lei de Improbidade Administrativa (lei 8429/92), aos casos de “dolo ou comprovada má-fé”. Um aditamento a uma Medida Provisória restringe aquilo que a Constituição deixou claro que não se deve restringir. Daí a inconstitucionalidade clara.

Além das inconstitucionalidades – por si só uma motivação mais que palpável para que seja vetado este aditamento pelo Presidente da República – o referido aditamento abre um precedente perigoso para o Estado Democrático de Direito, ao alargar os poderes do Poder Executivo para abarcar o círculo restrito do tratamento do direito penal e, pela vagueza e indeterminação de sua redação, dá margem à possibilidade de elaboração de teses jurídicas penais que poderão implicar em impunidade generalizada, a começar dos pedidos – que certamente virão – de aproveitamento das brechas trazidas pelo texto para co-réus dos “agentes públicos incumbidos da execução de medidas excepcionais”.



Diante dos motivos expostos, a AJUFE solicita, o **VETO** ao art. 78, do Projeto de Lei de Conversão nº 2, de 2009.

Fernando Cesar Baptista de Mattos

Presidente