

§ 08.1 – LEI PENAL NO TEMPO: SUCESSÃO DE LEIS PENAIS EM BRANCO

Leandro Ayres França¹

Michelangelo Cervi Corsetti²

Sumário: 1. Referência Jurisprudencial. 2. O Caso. 3. Os Fundamentos da Decisão. 4. Problematização. 5. Referências.

1 REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Tribunal Regional Federal – 4ª R. – Apelação Criminal 2000.71.00.021894-0/RS – Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz - j. em 09.05.2007.

2 O CASO

Após meses de auditoria por parte da Receita Federal, seis empresários foram formalmente acusados de reduzirem artificialmente a tributação de produtos por eles importados (Lei 8.137/90, art. 1º, I, III e IV), de iludirem parte do pagamento do imposto devido pela entrada dos produtos (CP, art. 334) e de se associarem em quadrilha para o cometimento desses crimes (CP, art. 288). Dois deles também foram denunciados pelo crime de evasão de divisas (Lei 7.492/86, art. 22, parágrafo único) porque, no período de janeiro de 1997 a abril de 1999, promoveram a sai-

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e escritor.

² Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e Professor de Direito Penal da Universidade de Caxias do Sul/RS.

da de moeda para o exterior, sem autorização do Banco Central, e mantiveram depósitos não declarados na Espanha, sem os comunicarem à repartição federal competente.

Os dois réus aos quais havia sido imputada também a prática do art. 22, parágrafo único, foram condenados pelos crimes de descaminho e de evasão de divisas – três réus foram absolvidos e outro, foi condenado unicamente por descaminho. Contra a sentença, apelaram o Ministério Público e os condenados.

Em sede de razões recursais, três réus ofereceram preliminares de incompetência do Juízo e de nulidades processuais (litispendência, ausência de inquérito policial, provas ilícitas decorrentes da busca e apreensão realizada sem autorização judicial) e, no mérito, argumentaram pela inexistência dos crimes de descaminho e de evasão de divisas. Os argumentos da defesa restaram vencidos, porém uma cogitação – breve, mas interessante – apresentou-se: se a norma do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, constituiu-se num tipo penal em branco, dependente de circulares do Banco Central que definem os limites quantitativos mínimos dos valores que devem ser declarados, a superveniência de uma resolução normativa que amplie esse *quantum* pode retroagir e extrair a ilicitude da conduta dos acusados?

3 OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO

Quanto a esta questão, o Relator do acórdão asseverou que, “*embora o parágrafo único do art. 22 da LCSFN contenha alguns elementos normativos, é importante observar que, dado o caráter excepcional das sucessivas alterações de valores estabelecidas pelo Bacen, subsiste a ilicitude na hipótese de aumento dos limites, sendo defeso cogitar de retroatividade*”. Assim, considerando que a Circular 3.071/01 dispensava a declaração daqueles que mantivessem depositados no exterior quantia de até R\$ 10.000,00 e que, no ano de 2002, este limite saltou para R\$ 300.000,00 (Circular 3.181/03) e, posteriormente, para US\$ 100.000,00 (Circulares 3.225/04 e 3.278/05), o ato hipotético de alguém que manteve depósito no valor de US\$ 20.000,00, no decorrer do ano 2001, sem declará-lo ao Banco Central no prazo legalmente estabelecido, não poderia ser beneficiado pela retroatividade da Circular 3.181/03, a qual aumentou a baliza mínima da declaração³.

A ratificar esse entendimento, o Desembargador Relator colacionou decisão do Superior Tribunal de Justiça (RHC 16.172/SP, Rel^a. Min^a.

³ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas*. p. 186.

Laurita Vaz, j. em 23.08.2005), na qual se firmou que “*a mera alteração (para maior) do percentual obrigatório de adição de álcool etílico anidro à gasolina não enseja a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, de forma a tornar atípica a conduta dos Recorrentes (já que supostamente adequada à prescrição legal posterior), mas sim a regra da ultra-atividade, segundo a máxima tempus regit actum*”⁴.

4 PROBLEMATIZAÇÃO

A jurisprudência de nossos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça)⁵ induz-nos a supor que a retroatividade ou não, da norma que complementa um tipo penal em branco é definida a partir da distinção na natureza do complemento normativo: quantitativa (balizadora) ou qualitativa (característica).

No *Habeas Corpus* 73.168-SP (STF, j. em 21.11.1995), o Min. Moreira Alves relatou que, em princípio, o art. 3º do Código Penal, – o qual prevê que a lei excepcional ou temporária é aplicável aos fatos praticados durante sua vigência mesmo quando findas a sua duração ou as circunstâncias que a determinaram – também vigora para a norma penal em branco: “*na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se [dá], portanto, a retroatividade*”. No entanto, o Min. Relator apresentou uma prudente ressalva: “[*e*]ssa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insupetível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais”, tal como ocorreria, citou o Ministro, na hipótese de um médico deixar de denunciar à autoridade competente enfermidade que foi subtraída do elenco de doenças de notificação compulsória (art. 269, Código Penal, integrada por Portarias do Ministério da Saúde)⁶.

⁴ *Tempus regit actum* traduz-se em “o tempo rege o ato” e expressa o entendimento jurídico de que os atos são regidos pelas normas da época em que ocorreram.

⁵ Por serem anteriores à reforma da parte geral do Código Penal (Lei 7.209/84) e à promulgação da vigente Constituição da República (1988), foram excluídos desta análise o Recurso Extraordinário 21.132/SP (STF, Rel. Min. Nelson Hungria, j. em 28.08.1952), o *Habeas Corpus* 32.460/SP (STF, Rel. Min. Rocha Lagoa, j. em 20.05.1953), o Recurso Extraordinário 71.947/RJ (STF, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 14.09.1971) e o *Habeas Corpus* 58.614/MG (STF, Rel. Min. Djaci Falcão, j. em 06.02.1981).

⁶ A sucessão dos atos normativos que integram o art. 269 do Código Penal, verifica-se em suas constantes publicações e revogações: Portaria 104/GM/MS, de 25.01.2011; Portaria 2.472/GM/MS de 31.08.2010; Portarias 5/SVS/MS, de 21.02.2006; Portaria 33/SVS/MS, de 14.07.2005; Portaria 2.325/GM/MS, de 08.12.2003; Portaria 1.943/GM/MS, de 18.10.2001;

Utilizando-se desse entendimento, foi decidido o REsp. 474.989/RS (STJ, j. em 10.06.2003). Esse caso versava sobre pessoas acusadas de fraudarem certame licitatório em prol de vantagem pessoal (Lei 8.666/93, art. 90) e de dispensarem licitação fora das hipóteses previstas (art. 89). Quanto a esta última imputação, noticiou-se que alguns dos acusados, em abril de 1998, dispensaram a licitação por convite apesar de o valor contratado (R\$ 14.558,00) ser superior ao disposto no art. 24, I. No entanto, com as alterações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.05.1998, dentre as quais o aumento do limite do valor de dispensa do certame (10% de R\$ 150.000,00) para contratos de obras e serviços de engenharia, questionou-se se a nova redação da norma complementar (art. 24, I) poderia retroagir para afastar a imputação da norma penal em branco (art. 89). Em seu voto, o Min. Rel. Gilson Dipp decidiu que a publicação de norma complementar (limites para a dispensa do certame) que não altere a figura abstrata descrita no tipo penal em branco (proibição da realização de contrato público sem prévia licitação) não poderia retroagir para o benefício dos réus.

Decisão que adotou a mesma postura foi aquela citada no voto do precedente-título deste estudo. O RHC 16.172/SP (STJ, j. em 23.08.2005) foi construído a partir do caso de dois proprietários de um posto de combustível que foram denunciados por venderem e terem em depósito gasolina adulterada, uma vez que a composição química analisada estava em desacordo com as prescrições legais, com um percentual de álcool etílico anidro acima de 20% (Lei 8.137/90, art. 7º, II e IX, integrada – à época – pelo art. 1º do Decreto 3.552/00). No mérito, discutiu-se se as complementações normativas posteriores⁷, que majoraram o percentual da presença de álcool para 22%, poderiam ensejar a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, o que tornaria legalmente adequadas as condutas dos acusados – e, conseqüentemente, atípicas. A Relatora Ministra Laurita Vaz decidiu pela aplicação da regra da ultratividade:

a lei anterior incide sobre os fatos praticados durante a sua vigência, mesmo após derogada, tendo em vista que a variação da norma complementar somente gera a consequência pretendida, qual seja, a abolitio criminis, quando importar em real modificação da figura abstrata, objeto da proteção legal, e não nos casos em que ocorre simples alteração relativa ao quantum de determinada substância, persistindo inabalada a essência da norma.

etc. No caso dessas Portarias do Ministério da Saúde, porém, é mais comum a inclusão de elementos (doenças de notificação compulsória) do que suas exclusões.

⁷ Art. 1º, do Decreto 3.824/01, e art. 1º da Lei 10.203/01 (que modificou o art. 9º da Lei 8.723/93).

São também notórios os julgados HC 68.904/SP e HC 94.397/BA (STF, j. em 17.12.1991 e 09.03.2010, respectivamente), nos quais a Corte Suprema se deparou com intervalos em que o cloreto de etila (lança-perfume) esteve ausente do rol das substâncias proscritas⁸. Em ambas as decisões, os Ministros ressaltaram que, nos períodos anteriores a esses intermédios em que o cloreto de etila não foi arrolado pelas normas complementares, e também no decorrer deles, as condutas de consumo, porte ou tráfico dessa substância (Lei 6.368/76)⁹ eram atípicas.

Desse modo, conforme a primeira indução, parece-nos que: (i) se o ato normativo que complementa um tipo penal em branco subtrai a qualidade de um elemento ao retirá-lo de um rol (declara-se a extinção da característica e, conseqüentemente, a desvinculação com o gênero, como a doença que deixa de ser de notificação compulsória ou a substância que não mais é proscrita), a modificação alcança a figura abstrata na norma penal e, por essa razão, impõe-se a retroatividade do preceito normativo complementar, em benefício do réu; (ii) se o ato normativo que complementa um tipo penal em branco baliza medidas, valores e percentuais (majora ou minora a quantidade permitida do objeto de interesse da norma penal, sem que altere sua característica ou essência), a sua variação não atinge a integridade da norma penal em branco, fazendo valer, então, o princípio da ultratividade, com a proibição da retroatividade, ainda que em benefício do réu.

A suposição parece acertada, porém ainda não nos é suficiente.

Ainda que o tema das normas penais em branco esteja tratado em capítulo específico deste volume, algumas de suas questões dogmáticas devem ser ressaltadas. Ao contrário dos tipos penais completos que, na mesma

⁸ No primeiro caso, o cloreto de etila estava arrolado como entorpecente à época em que o paciente comercializou trinta e seis ampolas de lança-perfume (fevereiro de 1984), conforme Portaria 20, de 06.09.1977, da Dimed (a inclusão da substância no rol dos produtos proscritos deu-se através da Portaria 1, de 27.01.1983); a Portaria 2, de 04.04.1984, da Dimed, revogou a Portaria 20/77 e a Portaria 3, de 31.05.1984, trouxe nova lista das substâncias proibidas, porém silenciou sobre o cloreto de etila; a reinclusão somente ocorreu com a Portaria 2, de 13.03.1985. No segundo caso, a Resolução ANVISA RDC 104, de 0712.2000, retirou o cloreto de etila da Lista F2 (Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil) para o incluir na Lista D2 (Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos – ambas as listas pertencentes à Portaria SVS/MS 344, de 12.05.1998. A Resolução 104/00 foi editada pelo Diretor-Presidente da Anvisa, *ad referendum* da diretoria colegiada, a qual não referendou o ato e, oito dias depois, reeditou a Resolução, incluindo o cloreto de etila na Lista B1 (Substâncias Psicotrópicas) da Portaria 344. Nesse intervalo, houve *abolitio criminis* das condutas de porte ou tráfico do cloreto de etila, o que tornou atípica a conduta do paciente, anteriormente denunciado por posse de lança-perfume.

⁹ A Lei 6.368/76 foi revogada pela Lei 11.343/06.

fonte legal, estabelecem o tipo e a sanção penal¹⁰, as normas penais em branco apresentam maior complexidade, na medida em que o legislador determina uma sanção, deixando a formulação do preceito para outras instâncias de igual ou de inferior hierarquia¹¹. Trata-se, portanto, de disposições penais cujo preceito é indeterminado quanto ao seu conteúdo e nas quais só se fixa com precisão a parte sancionadora¹². Tal opção legislativa é justificada, independentemente de razões políticas, por uma razão técnica: a necessidade de evitar o rápido deterioramento, a petrificação da lei penal em matérias que são submetidas, pela evolução social e econômica, a rápidas e bruscas mudanças. Isso explica, por exemplo, por que esse recurso tem sido muito usado no âmbito do Direito Penal econômico, em que a matéria objeto de regulação, por sua própria natureza, é significativamente mais variável que o núcleo tradicional do Direito Penal¹³.

Essa concepção da *Blankettstrafgesetze*, idealizada por Karl Binding (*Handbuch*, 1885), foi posteriormente ampliada por Edmund Mezger, quem acrescentou outros pressupostos, criando três categorias distintas¹⁴ em decorrência da fonte emanadora do complemento normativo: a) se originária da mesma lei; b) se originária de outra lei de mesma hierarquia legislativa; ou, c) se originária de outra lei de hierarquia diversa. Para o autor, nos dois primeiros casos não se estaria tratando de norma penal em branco, mas, sim, de “*técnica legislativa externa*”, ao passo que somente no último caso estaríamos diante de norma penal em branco em sentido estrito¹⁵. Talvez fundamentado nessa classificação, Guilherme de Souza Nucci defendeu a regra de que, se o complemento da norma advém da mesma fonte legislativa de onde proveio a própria lei penal em branco, a retroatividade benéfica é obrigatória; se a norma complementar é de hierarquia diversa daquela complementada, então, uma alteração sua que possa beneficiar o réu é impossível de retroagir¹⁶.

Majoritariamente, contudo, esse critério é preterido diante daquele, verificado nas interpretações dos nossos Tribunais Superiores. Edgard Magalhães Noronha escreveu que a uma variação da norma complementar que importasse verdadeira alteração da figura abstrata do direito penal (qualidade) deveria ser estabelecida a concessão de retroagir, enquanto que àquela modificação circunstancial (quantidade) que deixasse subsistir a regra seria a da irretroatividade¹⁷. Em outros termos: Luiz Regis Prado concordou que se aplica o critério da ultratividade diante da “*lei penal em branco [que] objetiva assegurar o efeito regulador do elemento integrador temporal contido em outro dispositivo legal*”; nas hipóteses em que a complementação da norma se altera e, com isso, modifica a própria norma, o intérprete deve recorrer à regra geral da retroatividade da lei penal mais benéfica¹⁸. Na mesma linha de pensamento posicionaram-se Cezar Roberto Bitencourt¹⁹ e Heleno Cláudio Fragoso²⁰. Este último, traduz como *nova valoração jurídica dos fatos* a alteração dos dispositivos complementares que integram o conteúdo de fato da conduta incriminada, o que, se benéfica ao réu, possibilitaria a retroatividade do novo regramento²¹.

¹⁰ Para maior aprofundamento, vide BRUNO, Aníbal. *Direito penal*.

¹¹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*; LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*.

¹² SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*.

¹³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “Leyes en Blanco”*, p. 423-461.

¹⁴ José Frederico Marques agrupa as leis penais em branco em duas classes: “(...) normas impropriamente em branco e leis penais em branco propriamente ditas. No primeiro caso, há fontes formais homogêneas na formulação da norma, apesar do preceito depender de lei não-penal, para completá-lo. Na segunda hipótese, as fontes formais são heterogêneas, porque o órgão legiferante é diverso”. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, p. 189.

¹⁵ Nos três casos o “necessário complemento” sempre será parte integrante do tipo, sendo que o tipo, após ser complementado, cumpre exatamente com as mesmas funções como nos casos normais. Vide MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

¹⁶ A redação de Nucci, no entanto, é confusa: ao mesmo tempo em que defende a retroatividade para o caso de paridade hierárquica entre a lei penal em branco e sua norma complementar, seus argumentos também se alinham à doutrina majoritária, a qual defende a concessão da retroatividade benéfica nas hipóteses de alteração qualitativa da norma penal quando da sucessão de seu complemento. Vide NUCCL, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 72-74; *Idem*. *Manual de direito penal*, p. 116-120.

¹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, p. 81-82.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 198-199.

¹⁹ “Aplicam-se as regras gerais que disciplinam a sucessão de leis no tempo: irretroatividade da lei mais severa e a retroatividade da lei mais benigna. Contudo, quando a norma penal em branco tem por objetivo assegurar o efeito do elemento temporal, aplica-se o critério da ultra-atividade”. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*, p. 11. De forma mais extensa, vide *Idem*. *Manual de direito penal*, p. 111-112.

²⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 124-125.

²¹ Conquanto tenhamos limitado o presente estudo à literatura brasileira, é válida a reprodução da interpretação teleológica de Silva Sanchez – a qual não reconhecemos como a mais adequada –, que defende um critério que se assemelha à doutrina majoritária brasileira: “El tema tiene mucho que ver con la ‘ratio’ de la modificación normativa. (...) si la modificación se debe esencialmente a una cambio de circunstancias, lo normal será que deje inalterada la necesidad de pena para el hecho cometido en las circunstancias anteriores. En cambio, si expresa un cambio valorativo, la consecuencia más natural será la apreciación de que la pena ya no es necesaria. (...) Sin embargo, es preciso distinguir entre la *aparencia favorecedora* y el *contenido*. Desde un punto de vista material sólo puede estimarse que favorece al reo una modificación legal que hace desaparecer la necesidad preventivo-general y preventivo-especial de pena para el hecho que cometió

Outro critério apresentado pela doutrina é aquele, trazido por Cleber Masson a respeito da *normalidade* ou da *anormalidade* do complemento da lei penal em branco: “Quando o complemento revestir-se de situação de normalidade, a sua modificação favorável ao réu revela a alteração do tratamento penal dispensado ao caso. Em outras palavras, a situação que se buscava incriminar passa a ser irrelevante. Nesse caso, a retroatividade é obrigatória. (...) Por seu turno, quando o complemento se inserir em um contexto de anormalidade, de excepcionalidade, a sua modificação, ainda que benéfica ao réu, não pode retroagir”²².

Tal posicionamento remete a um diverso juízo também presente na doutrina brasileira: aquele da circunstância de excepcionalidade ou temporalidade. Em contextos de acontecimentos anormais ou em razão de uma eficácia previamente limitada no tempo, é facultada ao legislador a elaboração de normas cujas vigências sejam previamente fixadas. A própria tipicidade dos fatos cometidos sob seus impérios inclui o fator temporal como pressuposto da ilicitude punível ou da agravação da sanção. Tendo isso como base, Julio F. Mirabete defendeu que, se a norma complementar é excepcional ou temporária, é-lhe garantida a ultratividade; se for mero aperfeiçoamento legislativo, aplica-se a retroatividade do dispositivo mais benigno²³. É também a justificativa apresentada por Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens, autores colacionados nos fundamentos da decisão que iniciou este estudo, segundo os quais, “eventual aumento do limite [determinado pelo Banco Central para declaração de depósitos mantidos no exterior], no ano posterior, não suprime a ilicitude da conduta relativa ao depósito mantido ilegalmente no ano anterior”; isso porque “as normas que regulam o controle estatal sobre a economia gozam de transitoriedade, variando de acordo com as peculiares exigências da política econômica vigente em determinados períodos”, o que lhes confere “a natureza de *normas excepcionais*”²⁴.

Diante desse quadro, se aquela suposição que vinculava a retroatividade da norma complementar à sua natureza (qualidade x quantidade) – extraída das decisões dos Tribunais Superiores – já não nos era suficiente, sequer podemos considerá-la segura após seu confronto com os argumentos

en el momento anterior a la variación legislativa. Esto, y no un favorecimiento aparente, es lo decisivo”. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. cit.

²² MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, p. 120-121.

²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*, p. 113-114; *Idem. Manual de direito penal*, p. 69-70. Paulo Queiroz assume o mesmo posicionamento (p. 137-138), porém contradiz-se ao considerar esse argumento como instrumento prático-utilitário desconforme à Constituição da República. (p. 133-134) QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal*.

²⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *Op. cit.*, p. 186, 156-157.

doutrinários. E, desta parte, as propostas de se estabelecerem critérios diversos tampouco satisfazem nossa pesquisa; porque, ao todo, parecem-nos juízos a justificar, *a posteriori*, políticas criminais que esbulham o campo da dogmática penal: de uma parte, vislumbra-se a defesa da retroatividade para casos de equiparação hierárquica das normas, o que revela um reducionismo positivista; de outra, bipartem-se as hipóteses de aplicação da retroatividade em critérios de normalidade e anormalidade, o que, em que pese o seu valor didático, simplifica a interpretação do fenômeno à mera repetição do que está expresso nos arts. 2º e 3º do Código Penal; o mesmo se diga quanto às distinções da temporalidade e da excepcionalidade, as quais se manifestam como atribuições subjetivas nada seguras ou como subordinações a políticas econômicas – neste caso, evidencia-se uma postura doutrinária que tenciona confundir políticas governamentais (e.g., política cambial) com normas penais, atribuindo àquelas conotação de lei penal especial, para fins acusatórios e punitivos –; quanto ao argumento que incentiva a verificação de uma real nova valoração jurídica dos fatos ou de uma mera modificação circunstancial, muito próximo às sínteses de nossas Cortes Superiores, seu acolhimento é prejudicado pela ausência de um movimento hermenêutico que mire a dogmática sem perder o seu enquadramento nas disposições constitucionais²⁵. Essa limitação de horizonte somente é sanada por uma minoritária e respeitável doutrina vanguardista.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista *et al.* refutam o fundamento usual de que a ultratividade constitui a garantia de aplicação dos dispositivos complementares – por estarem sujeitos a sucessões encadeadas de atos procedimentais, alega-se que poderiam tornar-se inaplicáveis: “No fundo, aquelas soluções reeditam a petição de princípio anteriormente assinalada, e propõem que os fatos anteriores à alteração da norma penal em branco sejam punidos apenas porque, caso contrário, não o seriam”²⁶. Em atualiza-

²⁵ Há quem conjugue dois ou mais critérios. José Henrique Pierangeli, em artigo publicado em 1984, e Anderson Bezerra Lopes, seguindo o entendimento do autor anterior, defendem a retroatividade se norma principal e complemento tiverem a mesma fonte legislativa (remissão normativa): “Quando a proibição emerge da mesma instância legislativa, ou seja, quando se trata de norma penal em branco em sentido amplo, a modificação da legislação complementar produz, também, efeitos amplos”, escreveu Pierangeli. Se emanarem de fontes normativas diversas, recomendam esses autores a identificação do caráter temporário ou excepcional do complemento normativo: se temporário (e.g., complementos com autorrevogação ou uma portaria sanitária que decorra de necessidade ou urgência de providências administrativas), cabível a retroatividade; se excepcional (e.g., tabelas de preços), aplicável a ultratividade. *Vide PIERANGELI, José Henrique. A norma penal em branco e a sua validade temporal*, p. 15-16; LOPES, Anderson Bezerra. *Art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7492/86: norma penal em branco, circulares Bacon e sucessão de normas no tempo: possibilidade de retroatividade do complemento?*

²⁶ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio *et al. Direito penal brasileiro*, p. 216-217.

da e consciente percepção, argumentam Zaffaroni, Batista *et al.* que, se o direito penal regula somente as situações últimas, em que o Estado deve intervir, a sucessão de leis que minoram a intervenção do Estado no círculo de bens jurídicos do autor (descriminalização, diminuição da pena, nova causa de justificação ou de exclusão de culpabilidade, encurtamento do prazo prescricional *etc.*) denota uma desvalorização de sua conduta. Essa modificação significa que a lei considera desnecessária uma intervenção da mesma intensidade nos bens jurídicos ou, até mesmo, que é dispensável qualquer ingerência, não podendo ela se sustentar no frágil argumento de que foi considerada necessária no momento em que o autor cometeu o delito²⁷. “*Se as agências políticas passaram a considerar contra-indicada uma ingerência dessa magnitude – ou de outra qualquer – não tem sentido que o juiz a habilite só porque era considerada razoável no momento em que o autor cometeu o fato*”²⁸.

Restam, então, enfraquecidos os critérios desenvolvidos e as soluções propostas por julgadores e doutrinadores pátrios – sejam eles referentes à origem das normas; à preservação da figura abstrata do delito, da valoração jurídica do fato, do núcleo essencial da proibição; às distinções de normalidade/anormalidade, temporalidade ou excepcionalidade – porque tanto a modificação qualitativa (exclusão de um elemento de um rol proscrito) quanto a quantitativa (majoração de índices permissivos) são o reconhecimento da ausência de ofensividade das condutas que, anteriormente criminalizadas, deixaram de o ser. E esta conclusão não seria diversa se equacionados os argumentos no campo da punibilidade: se um fato é excluído do âmbito punível (exclusão qualitativa), elimina-se com ele a própria necessidade ou admissibilidade do punir; se outro fato tem sua punibilidade reduzida (majoração permissiva), a proibição da retroatividade transmuta-se em um excesso da pena.

Não bastassem estas razões, tem-se que esses mesmos critérios e soluções²⁹ “*não podem prevalecer perante o caráter imperativo e incondi-*

²⁷ RAÚL ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*, p. 229.

²⁸ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*, p. 216-217.

²⁹ Mais que *critérios*, parece-nos que os doutrinadores têm se esforçado em estabelecer *soluções* a esta questão. Esta postura alopática intensifica e se adequa ao contemporâneo processo de instrumentalização do Direito Penal. Tome-se o exemplo trazido por Silva Sanchez (*Op. cit.*) de uma empresa cujas emanações de anidrido sulfuroso são de 10.000 mg/nm³, em um momento em que a normativa administrativa tenha fixado o limite máximo tolerável em 9.000 mg; passados alguns anos, com a melhora da situação socioambiental – melhora indubitavelmente também conquistada pelas leis de proteção ao meio ambiente –, um novo patamar de tolerância é fixado em 12.500 mg. Resolver este pro-

cional da garantia constitucional da retroatividade benéfica”³⁰. A fórmula constitucional que proíbe a retroatividade da lei penal, excepcionando a hipótese de benefício para o réu (art. 5º, XL), põe em xeque a *exceção da exceção* trazida com o transporte do art. 3º do Código Penal, ao novo ordenamento constitucional.

A indagação mais importante para a compreensão da questão de sucessão nas normas penais em branco, no quadro dogmático-penal brasileiro, parece ser quanto à recepção ou não, do art. 3º do Código Penal, pela Constituição da República de 1988, quando se considera que o texto constitucional não ressalvou a ultratividade das leis penais excepcionais e temporárias, limitando-se a prever a retroatividade da lei penal para o benefício do réu. Em harmonia com a opinião de excelentes doutrinadores, votamos pela não recepção³¹.

5 REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FRAGOSO, Helene Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. Edição rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- LIMA, Rômulo de Castro Souza. *Art. 3º do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição da República*: recepção Constitucional? Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 09 ago. 2004.
- LOPES, Anderson Bezerra. Art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/86: norma penal em branco, circulares BACEN e sucessão de normas no tempo: possibilidade de retroatividade do complemento? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, n. 195, a. 16, p. 15-16, fev 2009.

blema com o Direito Penal demanda a aplicação de uma pena. As questões que se impõem, porém, são (i) se o Direito Penal é apto a ser convocado – ou se é o melhor dispositivo para tanto – e (ii) se, sendo aceito como tal, consegue adequar-se a essa instrumentalização quando sua estrutura dogmática interna (prejuízo da tipicidade pela ausência de ofensividade ou ruína da punibilidade pela falta de necessidade ou admissibilidade da pena) não lho permite.

³⁰ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio *et al.* *Direito penal brasileiro*, p. 216-217. No mesmo sentido: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 23; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, p. 212.

³¹ Sobre este questionamento, indicamos: LIMA, Rômulo de Castro Souza. *Art. 3º do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição da República*; RAÚL ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, v. 1; ZAFFARONI, RAÚL Eugenio; BATISTA, Nilo *et al.* *Direito penal brasileiro*; QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*

ISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

_____. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

RQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. 1.

SSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. v. 1.

RACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Tradução de Jorge Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

ER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

BETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Introdução e parte geral. 37. ed. atual. Adalberto Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: dos Tribunais, 2006.

_____. *Manual de direito penal*: parte geral: parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: dos Tribunais, 2011.

ELI, José Henrique. A norma penal em branco e a sua validade temporal. *Justitia*. n. 46, out./dez. 1984.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

Paulo de Souza. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: dos Tribunais, 2010.

ARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1º v.

NGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Crime de evasão de divisas: a tutela da Finança Nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Juris, 2006.

EZ, Jesús-María. Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones: el caso de las "Leyes en Blanco". *Estudios Penales y Criminológicos*. Montevideo: 1993. v. XVI.

_____. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945.

§ 08.2 – LEI PENAL NO TEMPO: SUCESSÃO DE LEIS PENAIS E DE JURISPRUDÊNCIA

Priscilla Placha Sá¹

Sumário: 1. Referência Jurisprudencial. 2. O Caso. 3. Os Fundamentos da Decisão. 4. Problematização. 4.1. Sucessão de Leis Penais. 4.1.1. A retroatividade de lei penal mais benéfica e a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 4.1.2. Da irretroatividade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 4.2. Da Sucessão de Entendimento Jurisprudencial mais Favorável quanto ao Regime de Cumprimento de Pena. 5. Referências.

1 REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Superior Tribunal de Justiça – 6ª T. – *Habeas Corpus* 92.266/RJ – Relª. Desª. conv. Jane Silva – j. em 25.03.2008.

2 O CASO²

A Lei de Drogas 6.368/76 foi sucedida pela Lei 11.343/06, anunciando uma política diversa para o *traficante* e para o *usuário*, cuja distinção – a par de toda a polêmica a respeito desta pretensa distinção – não é objeto do

¹ Professora Assistente de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Direito Processual Penal do PPGD-UFPR e do Centro de Estudos de Segurança Pública e Direitos Humanos. Membro do Núcleo de Direito Internacional da PUCPR. Especialista em Direito Processual Penal pela PUCPR. Mestra em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Doutoranda em Direito do Estado pela UFPR. Advogada Criminal.

² Outros acórdãos poderiam ser aqui referidos como o *Habeas Corpus* 100.935/SP, STF e o REsp. 101.740-8, da mesma Relatora, entre outros julgados.