

(A INEXISTÊNCIA DE) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior*

RESUMO

A partir da definição de leis penais em branco – leis penais que necessitam de complemento, por não descreverem inteiramente a ação proibida – e o pano de fundo que demanda sua respectiva produção, analisa-se a inconstitucionalidade dos complementos de hierarquia inferior, por ofensa ao art. 5º, XXXIX e art. 22, I, ambos da Constituição Federal. Ao final, apresentam-se hipóteses de quais seriam as causas criminológicas do não reconhecimento de tal inconstitucionalidade por parte de doutrina e Tribunais, bem como, apresentam-se algumas consequências que podem ser recolhidas neste contexto.

Palavras-chave: Lei penal em branco heterogênea. Inconstitucionalidade. Causas. Consequências.

INTRODUÇÃO

Segundo afirma Klaus Tiedemann (2002, p. 73), “qualificam-se como leis penais em branco em sentido amplo todos os tipos penais abertos, que não descrevem inteiramente a ação ou a matéria de proibição e se encontram, por conseguinte, carentes de complementação”. Afirma o autor (TIEDEMANN, 2002, p. 74) que segundo a doutrina dominante “desde

* Professor de Direito Penal na Unibrasil e no Curso de pós-graduação de Direito Penal e Processual Penal da ABDCONST. Pós-graduado em Criminologia e Direito Penal pelo ICPC-UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Advogado criminal militante.

Binding, a *verdadeira* lei penal em branco se caracteriza por exigir que a integração do preceito penal ou contravençional proceda de ato de uma instância distinta da que estabelece a cominação penal” (grifo nosso).

Verdadeira, segundo Tiedemann (2002), porque além das citadas “leis penais em branco verdadeiras”, que para nossa doutrina também podem ser definidas como heterogêneas (GOMES, 2004, p. 152) ou em sentido estrito ou próprias (PRADO, 2005, p. 36), também podem as leis penais em branco ser complementadas pelo próprio legislador do qual emana a norma principal. Exemplo destas, que se denominam leis penais em branco homogêneas (GOMES, 2004, p. 152), em sentido amplo impróprias (PRADO, 2005, p. 36), são os crimes funcionais, previstos no art. 312 e ss. do Código Penal, os quais devem ser obrigatoriamente complementados por uma definição de funcionário público, a qual é elaborada pelo art. 327 do mesmo diploma legal.

O principal fundamento para se sustentar a existência desse tipo normativo reside – hoje mais do que nunca – em uma metodologia de enfrentamento da crise por que passa o Direito Penal. É que no dizer de Faria Costa (2001, p. 14), o Direito

Actua, por conseguinte, sempre em um momento posterior ao problema. Há todo um processo de ponderação e de reflexão mesmo institucional que, pela própria natureza das coisas, se postula lento. Tudo isto sai ainda mais reforçado quando olhamos para a lei incriminadora. Aquela que constitui e deve continuar a constituir a pedra angular de todo o sistema penal. [...] acontece que todo este processo legiferante é também, ninguém o desconhece, lento, às vezes penosamente lento.

Para Faria Costa (2001, p. 14), se a legitimidade originária do *ius puniendi* está nos parlamentos democraticamente eleitos, há que se perceber que eles têm uma produção legislativa demorada e de baixa intensidade. Tal fenômeno, para o autor (COSTA, 2001, p. 15), se

já era, por vezes, incompreendido ou mal percebido pela comunidade em geral, então, face à uma sociedade que cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real, a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade¹.

Se está certa a afirmação de Agostinho Ramalho Marques Neto (2001, p. 187), para quem o objeto do Direito pode ser qualquer fenômeno social, bastando que se o estude dentro dos enfoques teóricos e metodológicos próprios da ciência normativa – que não é normativo, mas se destina a uma posterior normatização, chega-se à conclusão, a partir das análises destes dois autores, de que o Direito sempre está atrasado em relação à realidade social.

Ao contrário das sociedades simples que “podiam arranjar-se com os dez mandamentos” (ROXIN, 2006, p. 15) as sociedades modernas, na medida em que se tornam mais complexas, necessitam de mais regulamentação, o que prova um desencontro cada vez mais intenso entre o Direito e a sociedade a ser regulada. A partir de tal análise, verifica-se que na seara penal, o fenômeno torna-se ainda mais premente, pois aqui, é onde a realidade bate mais insistentemente em nossas portas, trazendo sentimentos de medo e insegurança, a cada rebelião nos presídios, a cada final de semana de chacinas e criminalidade, a cada novo chefe de facção que ascende à mídia. A consequente constatação da população e das autoridades públicas é, efetivamente, a “demora” e a “baixa intensidade” da legislação penal.

Dáí todo o fundamento, nos dias atuais, da legitimidade das leis penais em branco. Vislumbrando-se uma incapacidade das leis em fornecer pronta e rápida resposta aos novos problemas sociais, em virtude da

1 Afirma o autor, no mesmo trecho, que a citada eficiência foi erigida como modelo de atuação quer do nosso modo-de-ser individual, quer do nosso modo-de-ser colectivo.

demora do legislador, lança mão o Estado de outras técnicas, além das leis em sentido estrito.

Entre estas, é o objeto da presente análise, as leis penais em branco, cujos complementos, podem ser facilmente adaptáveis às mais variadas circunstâncias (ROXIN, 2006, p. 16)². Inclusive, esclareça-se, a própria vocação de permanência, ínsita às leis, propicia o seu envelhecimento havendo a necessidade de mecanismos mais dinâmicos e eficazes. Nas palavras de Klaus Tiedemann (2002, p. 77): “a razão do emprego da técnica do ‘espaço em branco’ radica fundamentalmente em que ao estabelecer um marco de proibição penal deve ser levado em consideração a necessidade de regulação e circunstâncias mutáveis no espaço e no tempo”. Mesmo que seja – este expediente – inconstitucional, como se passa a demonstrar.

1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO PRÓPRIAS

Dando continuidade às suas definições do tema, pode-se antever a questão que se pretende discutir no presente texto, quando Tiedemann (2002, p. 77) assevera que o tema das leis penais em branco, trata, sobretudo, de “remissões a disposições administrativas gerais (regulamentos jurídicos ou administrativos) mas, também, *segundo controversa opinião* de reenvio a atos particulares da Administração pública (atos administrativos)” (grifo nosso).

É o momento de se deixar claro nosso entendimento sobre o tema: não há qualquer vício de inconstitucionalidade nas leis penais em branco homogêneas, em sentido amplo ou impróprias, nas quais há remissão a outra norma emanada da mesma fonte – a denominada complementação homóloga³. Aqui, o complemento, por ter as mesmas origens da lei em

2 Sobre o número rapidamente crescente das regulamentações de direito penal econômico ver Roxin (2006, p. 15).

3 Exemplo neste sentido, da Suprema Corte: RHC n. 80090/SP – São Paulo; rel. Min. Ilmar Galvão; julgamento: 9-5-2000; órgão julgador: Primeira Turma; publicação: DJ 16-6-2000, p. 00044, v. 01995-02, p. 00284.

branco, cumpre fielmente os requisitos constitucionais para sua validade (ZAFFARONI et al., 2003, p. 206)⁴.

Contudo, chega-se à conclusão diametralmente oposta no que se refere às penais em branco próprias ou heterogêneas. Estas são eminentemente inconstitucionais. É que dentro dos cânones constitucionais, somente poderíamos ter um reenvio interno (quando a complementação é realizada através de outra disposição da própria lei) ou externo (quando a complementação se dá através de outra lei de hierarquia idêntica ou superior) (ZAFFARONI et al., 2003, p. 206).

Como corolário da afirmação acima exposta, temos que não pode existir, à luz da Constituição Federal, criminalização de conduta através de complementos cuja hierarquia é inferior a da norma penal em branco, como são os casos das instruções normativas, das cartas-circulares, das portarias e de toda uma série de espécies normativas cujas edições refogem aos pressupostos mínimos exigíveis para a atividade criminalizadora do Estado.

Mas, verticalizemos a questão. Quais são as razões – constitucionais – que nos levam a apontar a inconstitucionalidade das leis penais em branco cuja complementação se dá através de complemento de hierarquia inferior?

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS* INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENSÃO AO TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90 C/C O ART. 16, § 6º, DA LEI N. 8.078/90. EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. A tipificação da figura penal definida no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, por ser norma penal em branco, foi adequadamente preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que define como impróprio ao uso e consumo produto cujo prazo de validade esteja vencido. A exposição à venda de produto em condições impróprias ao consumo já configura o delito, que é formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material. Recurso de *Habeas Corpus* improvido (grifo nosso).

4 No mesmo sentido (PAVÓN, 2002, p. 153), “somente a lei penal em branco em sentido próprio (remissão a uma norma de menor hierarquia) infringiria princípio da legalidade, ao se produzir uma delegação à instâncias não competentes em matéria penal, com o que isso significa para a legitimidade democrática para a norma” (tradução nossa).

Esses são os pontos que doravante passamos a expor de forma pormenorizada, contudo, desde já se pode deixar assentado que a inconstitucionalidade é observável pela absoluta afronta às diferentes dimensões do princípio da legalidade, no âmbito penal. Aqui, compreendendo-se tanto o princípio da legalidade criminal (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* – art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal), quanto o princípio da reserva legal em matéria penal (*compete privativamente à União legislar sobre direito penal* – art. 22, I, da Constituição Federal). Analisemo-las.

1.1 Da ofensa ao art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal

Primeiramente, é de se asseverar que a complementação de lei penal em branco com norma de hierarquia inferior ofende explicitamente o art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal, na medida em que este estabelece a necessidade de um mínimo de previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado.

Ora, havendo criminalização através de instrumentos normativos de hierarquia inferior, provenientes, diga-se, normalmente de órgãos da administração pública, o mínimo de previsibilidade exigível para a atuação do poder punitivo estatal será eliminado, através do que, também, eliminar-se-ia, qualquer sentimento de segurança jurídica por parte da população.

A qualquer momento, um burocrata de algum recôndito órgão estatal pode redigir uma norma interna, que à título “de estar complementando norma penal em branco” estaria, de fato, criminalizando condutas, que até então, seriam desconsideradas pelo direito.

Pode-se inclusive se socorrer de exemplo estabelecido pelo art. 54 da Lei 9605/98, que positiva: *Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da*

flora. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Seguindo-se raciocínio que considera constitucional a complementação com norma inferior, bastaria uma carta-circular, uma portaria, ou um ofício de um servidor lotado no Ministério do Meio Ambiente estabelecendo que certa ação produz poluição, para ser passível a prisão em flagrante da referida conduta, que seria, inclusive, inafiançável.

Contudo, vê-se que tanto neste exemplo, quanto em diversas outras situações de complementação de lei penal em branco por norma de cariz inferior, deparamo-nos com situação de absoluta *afrenta ao conteúdo material do princípio da legalidade*, qual seja, a previsibilidade da intervenção do poder punitivo e a segurança jurídica do cidadão, que se encontra, dessa forma, completamente à mercê e absurdamente vinculado ao capricho de agentes estatais.

E mais: se sob a vigência do princípio da legalidade os órgãos de repressão estatais (Polícia Civil, Polícia Federal, Ministério Público, Ministério Público Federal, Secretarias de Segurança, Ministério da Justiça, entre outros) já são seletivos, adotando os critérios oferecidos pela mídia, pela política e pelo poder econômico para orientar suas respectivas atividades⁵, o que se dizer quando se pretende rasgar o princípio da legalidade, e, portanto, a Constituição Federal, complementando as leis penais com todo e qualquer tipo de normas? A seletividade se multiplicaria.

A interpretação que se deve dar ao dispositivo constitucional em comento, referentemente à atuação jurisdicional, é a de que, cabe ao Poder Judiciário justamente reduzir a discricionariedade absoluta e a seletividade dos poderes públicos, trazendo-os de volta à trilha da constitucionalidade e da legalidade quando seus arroubos fazem resvalar suas respectivas condutas, como ocorrem nestas bizarras complementações.

5 Entre outros, Zaffaroni et al. (2003, p. 44) e Dias et al. (1984, p. 284-286).

Ainda que haja um quase que absoluto silêncio nos manuais sobre o tema⁶, há respeitáveis argumentos, que suscitam o salutar debate acadêmico, de que não haveria fissura ao princípio da legalidade. É o que sustentam Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (2006, p. 153) quando afirmam que não há ataque ao citado princípio, pois

[...] todas as normas penais são instrumentos absolutamente precários para uma tal segurança jurídica ser atingida em termos absolutos, pois a linguagem é, em si, imprecisa e mutável. Consequentemente, é impossível a definição legal de condutas por meio de normas absolutamente precisas, já que o sentido semântico das elementares sempre irá permitir, em alguma medida, determinadas valorações culturais de parte do hermenauta.

Continuam os autores (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 153): “Aliás, mais grave que as normas penais em branco são as elementares normativas de valoração de conduta (exemplo: motivo torpe, ato obsceno, grave ameaça etc.), cujo conteúdo sequer encontra-se dado previamente ao cidadão”.

Nada mais correto do que afirmar que inexistente possibilidade de não nos socorrermos da analogia, mesmo em interpretações que seriam absolutamente “literais”. Porém, a partir desse raciocínio, não se pode escancarar as portas da legalidade, e deixar de se entender como princípio vinculante da seara penal.

Ora, realizando paralelo com o conceito “democracia”, seria o mesmo que sustentar que como a democracia não é suficiente para termos elei-

6 Não abordam o tema da constitucionalidade do complemento das leis penais em branco, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 142; DOTTEI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 225; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 75-76; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 50-51, TELES, Ney Moura. *Direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 99-102, dentre outros. Quanto aos argumentos de Álvaro Maynink da Costa (*Direito penal*: parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. 1, v. 1) que propende pela constitucionalidade do instituto porque pode ser acopladas por *qualquer norma* que apresente aspecto material de lei, todas as assertivas que exporemos durante o texto, quer nos parecer, combatem o posicionamento.

ções livres, mídia independente e não intervenção do poder econômico, o melhor é retomarmos um regime ditatorial. Se nossa postura seria a de, no tema da democracia, escolher vereda em que democratizaríamos a democracia, a partir de uma visualização participativa desta⁷, evidentemente, no tema referente à complementação das normas penais em branco, para sermos coerentes, não podemos abandonar o tema da luz constitucional, numa postura da qual transpira a ideia de que “bom... tem coisa pior... então, vai assim mesmo”.

A partir dessa visualização, verifica-se que o argumento do não ataque ao princípio da legalidade em virtude de que podem existir outros ataques mais pujantes, não é suficiente para descurar a manifesta inconstitucionalidade de que padecem as normas penais em branco homogêneas.

Ademais sobre o tema, é de se rememorar o chamado *Brandeis-Brief* – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no “case Müller versus Oregon” (1908), que continha 2 páginas dedicadas às questões jurídicas e 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher. A partir do seu enfoque, desautorizou-se a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de confronto da validade da lei em face da Constituição (HALL, 1992, p. 85). E, assim sendo, não se pode deixar de se reconhecer a inconstitucionalidade desta esdrúxula complementação, pois, não há argumento empírico e científico que escore a constitucionalidade dos complementos das leis penais. Mormente se o argumento da constitucionalidade for o de que “há analogia em outras espécies normativas no Direito penal que são mais deletérias para a legalidade”.

Como se não bastasse, essa argumentação relativa ao espraiamento da analogia como fundamento da constitucionalidade dos complementos

7 Sobre o tema verifica a obra “Democratizar a Democracia” nos quais se relatam várias experiências neste sentido ocorridas na Índia, África do Sul, Brasil, entre outros países (SANTOS, 2002).

inferiores da lei penal em branco, torna-se ainda mais débil se o cotejarmos com a necessária origem democrática das leis penais incriminadoras, objeto do próximo subitem.

1.2 Da ofensa ao art. 22, inc. I da Constituição Federal

Em segundo lugar, também se deve externar a ofensa explícita ao art. 22, inc. I da Constituição Federal. Os estratagemas dos órgãos de criminalização que vêm sustentando a criminalização de condutas através dos mais variados expedientes normativos infralegais, também se constitui em afronta à garantia da *lex populi*, que em síntese, significa reserva de lei penal aprovada pelo Parlamento.

De fato, como sustentam Zaffaroni et al. (2003, p. 205), tal tipo de complementação, advinda de órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, macula o procedimento, constituindo-se em delegação legislativa constitucionalmente proibida.

Em uma ideia: só pode definir crime a lei formalmente discutida e aprovada pelo Parlamento – representantes diretos do povo são os que têm legitimidade para deliberar sobre o proibido ou sobre a ilicitude penal do fato.

Como afirma Pilar Gómez Pavón (2002, p. 152),

o princípio da legalidade não pretende e é assim desde seus primórdios, meramente informar ao cidadão as consequências de seus atos, e limitar a função do juiz; ao contrário, a segurança jurídica deve significar, ademais, que as restrições de liberdade que comporta o emprego do direito penal emanem do Poder Legislativo, como órgão representativo da vontade geral, o que, por sua vez, garante a igualdade de todos perante a lei.

Em verdade, sequer haveria a necessidade de disposição constitucional explícita como a que ora se aponta como ofendida (art. 22, I), pois, estarmos constitucionalizados sob o manto de Estado Democrático

de Direito, significa que somente o debate democrático parlamentar teria idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, vez que como corolário, vige em nosso sistema a tripartição de poderes. Nessa questão reside a fundamentação democrático-representativa do Direito penal, na medida em que se instrumentaliza enquanto elemento de mediação entre liberdade individual e segurança pública.

Mas Pavón (2002, p. 133) vai além:

a definição de delitos sempre comporta restrições da esfera de liberdade privada, que somente a vontade geral pode adotar, principalmente por serem necessárias para garantir essa liberdade [...]. Não se deve, portanto, considerar correta a tese que aponta como fundamento conseguir o conhecimento das leis pelos cidadãos, pretensão de uma parte utópica, já que dificilmente se pode lograr conhecimento completo, inclusive para os próprios profissionais do direito.

Evidentemente não chegamos ao paradoxo, como o faz a autora, de negar a primeira faceta do princípio da legalidade para destacar esta segunda. Contudo, pode-se inferir da assertiva que, como não se pode discordar completamente da constatação de que o conhecimento das normas é utópico, cerremos nossas fileiras, ao menos, na necessidade das normas terem uma origem democrática.

O elemento central deste ponto, quer nos parecer, é demonstrar a falibilidade da argumentação que sustenta que através da complementação não se está criminalizando, mas apenas regulamentando aquilo que já fora criminalizado. Senão vejamos.

Primeiramente, há que se verificar que admitir tal assertiva seria fechar os olhos à realidade (de que são as normas complementares que dão eficácia à criminalização) e adentrar num puro formalismo, segundo o qual, bastaria ao Estado promulgar uma lei, como por exemplo, “é crime atentar contra os interesses do Estado Brasileiro”, para poder criminalizar

qualquer conduta, via regulamento, portaria ou circular. Não seria demais dizer que se trata de técnica típica de regime ditatorial, a qual se imagina suplantada com o advento da Constituição Federal de 1988.

É claro que a sustentação da constitucionalidade dos complementos da lei penal em branco é mais elaborada, e facilmente transpõe esse primeiro obstáculo que apresentamos. A argumentação continua, no sentido de que a conduta já está definida na lei penal em branco, não integrando, o complemento, o tipo penal.

Nesse sentido temos Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (2006, p. 154), os quais utilizam argumento do Tribunal Constitucional espanhol “na apreciação da tese de inconstitucionalidade de norma penal em branco que previa um delito ecológico: a lei além de prever a pena, deve conter el núcleo essencial de la prohibición, de tal forma que a delegação não transfira ao poder executivo os limites do injusto pena”. Aduzem ainda que este é o entendimento dos Tribunais Superiores Alemães, afirmando que “Em termos semelhantes é a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão) e do Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemão), que exige que a proibição penal deva ser previsível a partir da lei, de modo que unicamente as questões de detalhe (Spezifizierung) possam ser deixadas em mãos do titular do poder regulamentador” (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 154).

Dessa feita, para os autores (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 154), somente seriam inconstitucionais os tipos penais que remetessem todo o conteúdo do injusto à legislação administrativa, sem especificar as modalidades de conduta que, além de configurarem infração administrativa, possam também constituir um suposto penal típico, seguindo a linha proposta por Tiedemann (2002, p. 77), quando afirma:

Seja como for, deve ser o próprio legislador quem toma a decisão última sobre o possível conteúdo da norma de comportamento. De maneira que, quando deixa o legislador plena liberdade à

Administração para estabelecer obrigações de comportamento, o correspondente tipo penal ou contravencional se torna inconstitucional por vulnerar [...] a Constituição Federal.

Do que se depreende de Schmidt e Feldens, como visto, a questão se tornaria eminentemente formal, no sentido de que, somente seriam inconstitucionais aquelas *leis que remetessem todo o conteúdo do injusto à legislação administrativa*. A inconstitucionalidade, na visão dos autores, somente ocorreria no caso de a lei absolutamente genérica, na qual a ofensa à legalidade estaria na própria descrição típica e não no uso do complemento. Solução com a qual, desconsidera-se o art. 22, I da Constituição Federal.

Mas nossas críticas quanto à constitucionalidade do procedimento não cessam neste primeiro patamar. Há que se analisar, em segundo lugar, que a tese sustentada pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Espanha é imprecisa, e pode conduzir a um esvaziamento do conteúdo das suas próprias garantias (PAVÓN, 2002, p. 156). Sustenta Pilar Gómez Pavón (2002, p. 157) que *“dever-se-ia declarar inconstitucional remissões genéricas à regulamentação, quando o ilícito se determina na norma de remissão, limitando-se a lei penal a contemplar uma conduta, em princípio não proibida”* através do que, estabelece-se um critério bem mais preciso para se aferir a constitucionalidade.

Em terceiro plano, há que se vislumbrar que a tal argumento deve-se somar o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal⁸, segundo o qual, a lei penal em branco somente pode ser aplicada depois da vigência da norma a que remete o tipo. E, em assim sendo, é claro que a criminalização só se aperfeiçoa com a regulamentação respectiva, sendo as condutas anteriores à regulamentação, atípicas. Por tal razão, é evidente, não se pode compreender a demanda constitucional como satisfeita a partir do

8 Inq n. 1915/RS – Rio Grande do Sul; rel. Min. Sepúlveda Pertence; julgamento 5-8-2004; órgão julgador: Tribunal Pleno; publicação: DJ 28-10-2004, p. 00037; v. 02170-01, p. 00078.

singelo argumento de que há lei exarada pelo Parlamento e que somente seu complemento terá feições extraparlamentares. Se o complemento não fizesse parte do tipo, isso é evidente, haveria criminalização independente de sua vigência. O que não ocorre no Brasil, segundo posição do Excelso Pretório.

Em quarto lugar, e como se não bastassem os argumentos anteriores, é de se destacar ainda o fato de que o expediente não encontra respaldo algum no nosso Texto Constitucional, que não se satisfaz com o formalismo da solução apresentada. Sobre a análise meramente formal do princípio, há que se socorrer, novamente, à Pilar Gómez Pavón (2002, p. 111) que sobre o tema, já assentou:

Não cabe, portanto, cair-se no erro de se considerar o princípio da legalidade como uma mera garantia de segurança e previsibilidade, ainda que seja indubitável que origina uma maior segurança para o cidadão, evitar-se o arbítrio judicial. Não se trata, somente, de um juiz racional, mas de um legislador racional. Legislação racional que responda a interesses da maioria não aos do “soberano” ou determinado grupo. Somente quando o princípio da legalidade deixa de garantir exclusivamente a submissão do juiz a lei e constitui a salvaguarda do interesse público, podemos falar da verdadeira vigência do mesmo.

Em quinto lugar, nunca é demais lembrar: se sequer o Estado-membro pode legislar em matéria criminal por força do citado preceito constitucional, e segundo entendimento pacífico do Excelso Pretório⁹, é apodíctico que órgão público que não tem a envergadura constitucional de um ente federativo também não o pode.

Como sexto argumento para respaldar a inconstitucionalidade que se levanta repare-se em argumento de Zaffaroni et al. (2003, p. 206), segundo o qual, a assertiva *necessidade da rápida adaptação da lei penal nas sociedades*

9 Entre muitos: ADI-MC n. 3269/DF – Distrito Federal; rel. Min. Cezar Peluso; julgamento: 28-10-2004; órgão julgador: Tribunal Pleno; publicação: DJ 3-12-2004, p. 00012, v. 02175-02, p. 00222; RTJ v. 00192-03, p. 00897.

de risco tampouco neutraliza a inconstitucionalidade do procedimento que se analisa. Segundo os autores (ZAFFARONI et al., 2003, p. 206), “*não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva e por outro lado, essa é justamente a função constitucional do legislador*”.

Veja-se que o argumento dos aclamados autores (ZAFFARONI et al., 2003) parece ser tão singelo quanto a seguinte indagação: a necessidade de leis penais dinâmicas é porque elas efetivamente combatem rapidamente o problema social, retomando a “paz social” e a “tranquilidade do uso-fruto dos bens jurídicos” que existia antes destes problemas? Sem nos adentrarmos no tema, anote-se: há carências de provas empíricas e reais de que (rápidas) leis penais combatem (rapidamente) problemas sociais¹⁰. Vê-se que essa utilização de complementos das leis penais em branco, trata-se antes de uma postura ideológica do que o fruto de uma análise científica acerca do campo jurídico-penal.

Na mesma linha, mas a partir de um ângulo diferente, sustenta Faria Costa (2001, p. 15), que se atualmente nos interrogamos sobre a celeridade do ataque à criminalidade, “é evidente que deixamos em aberto toda a questão central e essencial que é a da legitimidade”. Indaga o autor (COSTA, 2001, p. 15), no mesmo texto: “a quem pertence a legitimidade para desencadear e conduzir todo o procedimento de luta para com a criminalidade (?)”.

Sustentam, por fim, Schmidt e Feldens, a correção da “observação de Arroyo Zapatero, no sentido de que cuando a esta descripción se añade la remisión a normas sublegislativas, lo que em realidad se está haciendo no es ampliar, sino restringir ei âmbito de lo ya prohibido”. O argumento de que se estaria restringindo o *ius puniendi* estatal com a complementação das normas penais em branco, mais uma vez, não procede. Como vimos, e

10 Sobre a ideologia da punição, o grande pano de fundo para esta postura perante o direito penal, ver item 3.1 adiante.

segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, só há punibilidade quando há vigência do complemento. Dessa forma, a complementação antes de se constituir em limitação à punição, constitui-se, efetivamente, em pressuposto para tanto.

Por fim, numa sétima linha argumentativa, há que se escutar as ponderações de Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 50), para quem a infração ao princípio da legalidade se daria no sentido de que o Direito Penal não pode ser empregado para realizar políticas públicas emergenciais, o que, de fato, acaba sendo o grande mote da atuação da Administração Pública quando se refere a espécie legislativa em análise.

2 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA NÃO DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO HOMOGÊNEAS

2.1 Causas

Não obstante os temas acima abordados e as razões dantes expostas para se declarar a inconstitucionalidade das leis penais em branco próprias, o fato é que o entendimento jurisprudencial no Brasil (como se passa a analisar) e no exterior (como já se viu) é no sentido de se consagrar a constitucionalidade desse tipo legal.

Aclaram-se as razões para tal postura, na medida em que se analisa o atual paradigma em que está inserido o Direito penal na atualidade. Trecho de texto de José Joaquim Gomes Canotilho (2006, p. 330) pode ser exemplificativo para tal mister:

No plano do direito penal (e processo penal) as refrações do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminístico-liberal centrada na proteção do criminoso com quase completo desprezo da vítima. O direito penal do cidadão – o Bürgerstrafrecht – equivale a um “direito penal do

criminoso” e “o direito constitucional à liberdade do crime”. Os custos constitucionais e penais do hipergarantismo não devem subestimar-se.

O excerto é por demais eloquente. Não são necessárias maiores elucubrações, mesmo porque refugiam aos estreitos limites do presente texto, para chegarmos à conclusão de que o Direito Penal vem se apresentando como elixir milagroso contra todos os males da sociedade; seja contra a ameaça do PCC e do crime organizado por aqui, seja contra a ameaça do terrorismo xenóforo acolá, o fato é que muitas fichas tem sido apostadas no poder punitivo do Estado para se “dizimar” esses problemas sociais, o que forma, segundo Sylvio Lourenço da Silveira Filho (2005, p. 253), “um senso comum penal, forjado, mormente, pelos meios de comunicação de massa, através do grande espaço dispensado na divulgação de notícias relacionadas à criminalidade e ao seu respectivo combate”.

Mais do que uma tendência do Direito penal, dos operadores do direito ou ainda de legisladores e autoridades públicas, verifica-se que se trata de uma ideologia que vem conformando o padrão de identidade de nossa sociedade atual (ANDRADE, 2005). Nas palavras de José Antonio Paganeila Boschi (2006, p. 233)

os seguidores da ideologia que recomenda tratamento de choque para redução dos índices de violência e de criminalidade partem da ideia de que a solução desses graves problemas passa exclusivamente pelo maior confinamento das pessoas nas penitenciárias, isto porque a função do ordenamento jurídico criminal não seria outra senão a de instrumentalizar a punição estatal.

A partir deste paradigma, que se intensifica através das campanhas de Lei e Ordem e tolerância zero, cujo *marco zero* é Nova York, qualquer controle de constitucionalidade representa nada mais do que um óbice para a efetividade desta política e seus consectários. Como afirma Loic Wacquant (2003, p. 19-20), no decorrer das últimas três décadas temos “a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e

policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserdadas faz as vezes de política social”.

Controlar a constitucionalidade das leis penais em branco próprias, nesta esteira, seria atentar contra o bem comum, que demanda que sejamos fortes e impiedosos contra a criminalidade que se nos assombra.

2.2 Consequências

A óbvia consequência desse paradigma, além de todas as outras que poderiam ser exploradas, mas que no presente artigo se restringe à questão das leis penais em branco, diz respeito à inexistência, no nosso sistema jurídico, de controle de constitucionalidade da prática da complementação alheia à origem democrático-constitucional.

Dessa forma, são levados a cabo inúmeros julgamentos, e pessoas são condenadas, mormente no campo do direito penal econômico, em virtude de construções normativas absolutamente inconstitucionais, como se viu.

Mas não é só. Em virtude dessa plena e ampla aceitação da complementação das leis penais em branco, a jurisprudência pátria chega às raias do absurdo de dignificar a esses complementos, natureza excepcional ou temporária. Através disso, mesmo quando os complementos são abrogados ou derogados (implementando-se aqui, circunstância mais favorável para o acusado), continuam a surtir efeitos, em uma aplicação, mais do que inconstitucional, absurda, de irretroatividade de *abolitio criminis* ou de situação mais benéfica.

Ou seja, além do complemento criminalizar, ação que, por força da Constituição Federal lhe estaria vedado, ele vai além para a jurisprudência nacional: tem efeitos ultrativos mesmo em situação mais gravosa para o réu, fato, é lógico, incabível para as próprias leis. Em suma: os complementos,

por força da interpretação que se lhes empresta, acaba se consubstanciando, em termos práticos, em instrumento normativo hierarquicamente superior às leis, visto que, goza de poder que a essas não é concedido.

A legitimação, é lógico, reside na preservação da “figura abstrata do delito”, ou da “valoração jurídica do fato”, ou do “núcleo essencial da proibição”, como sustenta, inclusive, Luiz Flávio Gomes. O autor (GOMES, 2004, p. 193-195) assevera que há que existir uma análise da “continuidade ou descontinuidade normativo-típica em concreto para saber se o complemento tem ultratividade ou não”. Não há como esses argumentos prevalecerem perante o caráter imperativo e incondicional da garantia constitucional da garantia benéfica. Incondicional, pois, basta rere o Texto Constitucional: não há qualquer exceção para a retroatividade da lei penal, exceto quando for benéfica ao réu.

Visitemos o entendimento sobre o tema, do Superior Tribunal de Justiça, nosso órgão de harmonização da interpretação da legislação infraconstitucional, que assim já se manifestou sobre o tema:

Criminal. Procedimento licitatório. Fraude. Norma penal em branco. Norma complementar. Caráter temporário. Ausência de modificação substancial do tipo penal. Irretroatividade. Recurso conhecido e provido.

1 Inaplicável, à hipótese, o constante no art. 3º do Código Penal, se a norma integrativa veio simplesmente alterar os limites de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstos na Lei n. 8.666D 93, como complemento desta, e sem alterar o tipo penal ali descrito, uma vez que o fato continua sendo punível, exatamente como era ao tempo de sua prática. Precedentes.

2 As modificações operadas pela Lei n. 9.648D 98 à Lei n. 8.666D 93, já no curso do procedimento licitatório em questão, sendo de caráter puramente complementar, isto é, sem qualquer alteração da figura abstrata descrita no tipo penal, não podem retroagir de forma a beneficiar os réus, descriminalizando suas condutas, que continuam típicas, uma vez que tentaram, em tese, realizar contrato público sem prévia licitação.

3 Diante da impossibilidade de aplicação retroativa da norma em questão, deve ser declarado nulo o acórdão *a quo*.

4 Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator (REsp. n. 474989D R5, 5ª Turma, rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 25D 08D 2003).

Mais recentemente, no RHC 16172/SP, Relatado pela MIN. LAURITA VAZ da QUINTA TURMA, que foi publicado no DJ de 26-9-2005, p. 406, assim se manifestou a Corte Superior:

3. No que diz respeito à tese de atipicidade da conduta pela alegada ocorrência da *abolitio criminis*, tenho-a por desarrazada, na medida em que o comportamento dos réus, segundo a peça acusatória, encontra-se perfeitamente descrito no art. 7º, incisos II e IX, da Lei n. 8.137/90, c.c. o Decreto n. 3.552, de 04 de agosto de 2000 – vigente à época dos fatos – que fixava em 20% (vinte por cento) o percentual de álcool etílico anidro na gasolina.

4. Na espécie, 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*.

5. Assim, 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.

Digno de nota, em relação à fonte doutrinária para animar o voto condutor deste julgamento, são a Revista, a data, e o regime governamental então vigente, como se confere no seguinte trecho da íntegra do voto:

Todavia, a regra que estabelecemos não pode ser aplicada como os de tabelamentos de preços, dado o caráter excepcional desses tabelamentos, feitos para atender a situações de escassez de gêneros e dificuldades na produção e abastecimento. Em tais hipóteses, a alteração posterior do tabelamento não pode ser considerada para beneficiar o réu. De outra forma ficaria totalmente anulado o efeito de tais leis. Parece claro, por outro lado, que a alteração do complemento, nesses casos, não representa uma nova valoração jurídica dos fatos (FRAGOSO, Heleno Cláudio. A lei penal no tempo. Artigo publicado na *Revista do Superior Tribunal Militar*, ano 1, n. 1, 1975).

CONCLUSÕES

Traçamos itinerário em que procuramos demonstrar, primeiramente, a atual fundamentação das normas penais em branco, para, num segundo momento, sustentarmos a inconstitucionalidade da complementação com normas de hierarquia inferior, seja por afronta ao art. 5º, inc. XXXIX e/ou ao art. 22, I, ambos da Constituição Federal.

Para tanto, procuramos ao longo de todo o texto rebater os argumentos de ordem jurídica que sustentam a criminalização por complemento normativo infralegal, mormente no que diz respeito ao fato de que a complementação não pertence ao tipo penal, e que, portanto, não necessita ter origem democrático-constitucional. Necessidade que, segundo a tese que se procurou rebater, seria suprida pela própria obediência ao princípio da legalidade que a lei em branco já teria realizado. Dessa forma, procuramos demonstrar que o complemento, integra, sim, o tipo penal, sendo este, inclusive, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que já sustentou a não eficácia de lei penal em branco cujo complemento não tenha vigência.

Também foi nosso intento analisar os fundamentos de ordem sociológica e criminológica que sustentam essa opção. É claro que além dos argumentos jurídicos, há um forte componente ideológico para tal postura,

que parte da convicção, tão sincera quanto errônea, de que a criminalidade deve ser combatida com poder e força. Nessa linha, o jurista pode lavar as mãos, e ignorar qualquer relação que exista entre globalização, desemprego, neoliberalismo, falta de políticas públicas e criminalidade, como se as razões do crime fossem única e exclusivamente fruto de uma decisão individual (Roxin, 2006, p. 29)¹¹. Como consequência desse substrato tem-se a mais absoluta impermeabilidade dos textos legais aos mecanismos de controle de constitucionalidade em nosso país.

Talvez a problemática ora exposta não passe de uma gota d'água, frente a toda uma série de mazelas que tenham origem no mesmo núcleo de fenômenos. Mas, quiçá, possam nos trazer elementos para compreender porque todas as promessas de cidadania e dignidade que foram trazidas no bojo do Texto Constitucional, careçam, e muito, de eficácia e efetividade.

11 Roxin explica que essa é a matriz do direito penal moderno “*que partia de uma posição que somente conhecia a pena retributiva; essa pena era majoritariamente justificada filosoficamente e teologicamente, como na Alemanha se via nos influentes idealistas de Kant e Hegel, e também nas doutrinas de Hegel*”. A esta concepção se contrapõe o “direito penal do futuro” que se estabelece enquanto um instrumento de direcionamento social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina P. Aula proferida no Curso de Pós-Graduação de Direito Penal e Criminologia, no Instituto de Política Criminal e Criminologia, na data de 3 de dezembro de 2005.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 58, p. 232-279, jan. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 58, p. 329-344, jan. 2006.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 34, abr./jun. 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais/IELF, 2004. v. I.

HALL, Kermit L. (Org.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*. New York: Oxford, 1992.

MARQUES NETO. Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 37, jan./mar. 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Elementos de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. I.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. Tradução de Luís Greco. In: _____; GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O Crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Neoliberalismo, mídia e movimento da lei e da ordem: rumo ao estado de polícia. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, RT, n. 2, jan./jun. 2005.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 37, jan./mar. 2002 (tradução nossa).

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.