

A NORMA PENAL EM BRANCO E A SUA VALIDADE TEMPORAL

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI

Procurador de Justiça e Professor de
Direito

1. Como é sabido, a norma penal possui a sanção e a proibição perfeitamente determinadas. Isso, porém, não ocorre com as chamadas normas penais em branco (Blankettstrafgesetze), cuja denominação deve-se a Binding ("Handbuch", 180, Leipzig, 1885), conquanto o fenômeno já tivesse sido observado por Heinze, que as chamou de cominações penais cegas. Nestas leis, só a sanção está determinada, ficando indeterminada a proibição, que, posteriormente será precisada.

A norma penal em branco deve ser examinada sob dois enfoques, ou em duas concepções: em sentido amplo ou lato e em sentido estrito.

Nas primeiras, que são aquelas que não oferecem maiores dificuldades, para a determinação da proibição deve-se socorrer de outra lei, ou, por outras palavras, a sanção e a proibição originam-se de um mesmo órgão legislativo. É o que ocorre, por exemplo, com o artigo 237 do Código Penal ("Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta"), impedimento matrimonial que está estabelecido no artigo 183, do Código Civil. Como compete privativamente à União legislar em matéria de Direito Civil e de Direito Penal (Constituição, artigo 8.º, XVII, "b"), diz-se que aqui ocorre uma homogeneidade, pois, a sanção e a proibição têm a sua origem em uma única instância legislativa.

As segundas, porém, apresentam dificuldades. Nestas, para a determinação da proibição deve-se socorrer de legislação oriunda de outro órgão legiferante (Poder Executivo, Legislativo estadual, municipal, etc.). Afirma-se, então, que existe uma fonte formal heterogênea, por apresentar-se uma diversificação quanto ao órgão que elabora a proibição.

Estabelecida a sanção pelo órgão legislativo competente, restando incompleta a proibição, normas complementares são elaboradas por outros órgãos, dentro da competência estabelecida pela Constituição e dentro dos limites por esta fixados. De exemplo serve o artigo 269, do Código Penal, que cuida da "omissão de notificação de doença" ("Deixar o médico de denunciar à autori-

dade pública doença cuja notificação é compulsória”), competindo às autoridades sanitárias elaborarem o rol dessas moléstias, que atinge, por exemplo, a cólera e a rubéola, como gravidade limite.

As normas penais em branco não são leis incompletas, no sentido de tipos abertos e nem afetam o princípio da reserva legal, pois sempre haverá uma lei anterior (v. Antonio Pagliaro — “Principi di Diritto Penale”, parte generale, págs. 64, A. Giuffrè, Milano, 1972), desde que isso não implique em delegação de poderes, pois, em tal hipótese, haverá lei só em sentido formal, uma vez que leis estaduais e municipais, portarias, regulamentos, ou mesmo decretos, não constituem leis penais. Estes se mantêm dentro de seu caráter e da hierarquia que lhes são próprios, e a lei penal a eles remete, sem abdicar da independência da sanção preestabelecida.

Tanto assim é que não pode o Poder Executivo criar infrações penais, e se uma lei penal remete a tais infrações, ela será absolutamente inconstitucional. Contudo, se o tipo for completado mediante normas da mesma instância legislativa (em sentido material) competente, não haverá delegação de poderes e o tipo será perfeitamente constitucional (nesse sentido, v. Eugenio Raúl Zaffaroni — “Tratado de Derecho Penal”, parte general, tomo III, pág. 191, Ediar, Buenos Aires, 1981).

2. Acentua Manoel Pedro Pimentel “que a principal vantagem da norma penal em branco é a estabilidade do dispositivo principal, nuclear, emanado da autoridade legislativa de maior categoria, através do moroso e complexo processo parlamentar” e que as mutações que se tornarem necessárias em face do decurso do tempo ou da modificação das circunstâncias sócio-econômicas, são atendidas prontamente com a edição de atos administrativos mais simples e expeditos (“O crime e a pena na atualidade”, pág. 53, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983).

Refletem-se, aqui, as dificuldades apontadas quando nos referimos às normas penais em branco em sentido estrito, uma vez relacionadas com a validade temporal da legislação complementar.

Entendemos que a legislação extrapenal integra o tipo, pois, para nós, resulta incompreensível a existência de uma lei penal que não individualize a conduta e a ela associa uma pena. Com isto nos pomos a cobro da corrente doutrinária que, partindo da teoria das normas, de Binding, sustenta a não integração da norma ao tipo, razão pela qual a legislação complementar, de natureza extrapenal, mais benigna, nunca poderia retroagir para beneficiar, pois o princípio da retroatividade só atingiria a norma penal.

3. Toda essa discussão doutrinária deveria produzir reflexos na jurisprudência. Jescheck assinada que o Supremo Tribunal

Federal alemão (BGH), decidiu nos dois sentidos (Hans-Heinrich Jescheck — “Tratado de Derecho Penal”, parte general, tomo I, pág. 187, nota 38, tradução espanhola de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981).

No nosso país, a jurisprudência formou-se diante da antiga disposição do artigo 281, do Código Penal, e, principalmente, com o artigo 2.º, inciso VI, da Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. O início foi também titubeante, pois, em 22 de janeiro de 1955, por maioria de votos, a Seção Criminal do antigo Tribunal de Alçada de São Paulo, no *habeas corpus* n. 2.169, entendeu ocorrer *abolitio criminis* quando uma nova portaria é publicada liberando o comércio do produto até então sob controle, posteriormente à prática da infração penal (Revista dos Tribunais, 216/378).

Prevaleceu, contudo, a orientação em sentido contrário, ou seja, no sentido da irretroatividade (Revista dos Tribunais, 192/562, 238/618, 278/942, 374/287, 269/485, 422/91, 492/391, 495/351, 535/352). Também o Supremo Tribunal Federal sufragou essa orientação (Revista Trimestral de Jurisprudência, 73/661, 74/590). Em decisão inserta na Revista dos Tribunais, 556/425, a Segunda Turma do Pretório Excelso feriu mais de perto o problema ao estabelecer que, *in casu*, aplica-se o artigo 3.º do Código Penal.

4. O artigo 3.º do Código Penal estabelece a ultratividade das leis penais excepcionais e das temporárias. Apenas de passagem, queremos lembrar que são leis penais temporárias aquelas elaboradas para vigirem durante um período determinado. Diz-se, então, que são leis auto-revogáveis por trazerem expressamente o período de sua vigência. As excepcionais vigoram enquanto perdurar a situação de anormalidade que determinou a sua elaboração.

Ora, não ficasse ressalvada a sua ultratividade para atingir “ao fato praticado durante a sua vigência”, perderiam todo o seu efeito coercitivo, principalmente nos seus últimos meses (lei temporária) ou quando a situação anormal estivesse sendo regularizada (lei excepcional). Por isso que, mesmo diante do silêncio da lei, a doutrina se manifesta sempre pela ultratividade (v. a respeito, H. Donnedieu de Vabres — “Traité de Droit Criminel et Législation Pénale Comparée”, 3.ª edição, págs. 909/910, Recueil Sirey, Paris, 1947).

5. A ultratividade da norma penal em branco não admite uma regra geral e absoluta, como se poderia retirar da jurisprudência catalogada. Já acentuamos que esses julgados referem-se, exclusivamente, a normas penais em branco em sentido estrito. Ressaltamos, desde logo, que também entre estas últimas comportam exceções, como veremos a seguir.

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. Assim, por exemplo, se uma lei nova modificar o artigo 183, do Código Civil para remover determinado impedimento matrimonial, operar-se-á a *abolitio criminis*. Por tais razões, afirmamos que a norma penal em sentido amplo não apresenta maiores dificuldades, pois a proibição também passa por um demorado processo de elaboração legislativa e ingressa no ordenamento jurídico com o caráter de norma comum, dotada, digamos, de estabilidade, para vigor por tempo indeterminado, em situação de absoluta normalidade.

Se, porém, a proibição procede de outros órgãos legiferantes, a situação se modifica para comportar duas soluções.

Quando a legislação complementar não se reveste de excepcionalidade e nem traz consigo a sua auto-revogação, como é o caso das portarias sanitárias estabeledoras das moléstias cuja notificação é compulsória, cujo prazo varia da notificação imediata em casos de gravidade excepcional, mas que pode chegar a três meses, considerando-se a necessidade e a urgência de providências administrativas, a legislação complementar, então, pela sua característica, uma vez ab-rogada ou modificada, poderá conduzir também à descriminação.

A situação modifica-se, no entanto, quando a proibição aparece em legislação editada em situação de anormalidade econômica ou social, que reclama uma pronta e segura intervenção do poder público, tendente a minimizar ou ilidir seus efeitos danosos sobre a população. Essa legislação complementar, então, reveste-se de excepcionalidade, razão pela qual poderíamos afirmar a existência de um parentesco próximo entre as normas excepcional e temporária e essa legislação extrapenal. Esta, como vimos, introduz-se inseparavelmente no tipo, e este, com a sanção que já dispunha e com a proibição que a ele agrega, torna-se também lei excepcional, razão pela qual a retroatividade do complemento, para beneficiar, fica obstaculada pela nova estrutura assumida pelo tipo.

Bem próxima destas conclusões, a lição de Queiroz Filho, ao escrever que as tabelas de preços "estão sujeitas a contínuas alterações. Atendem a circunstâncias excepcionais, e correspondem às exigências do instante. E, por isso, o preço abusivo liga-se ao momento em que é cobrado. E se a tabela — complemento da lei — é lei, trata-se então de uma lei temporária e excepcional. E esta aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência, mesmo depois de cessadas as circunstâncias que a determinaram..." (Antônio de Queiroz Filho, parecer publicado na Revista dos Tribunais, 192/563. V. também, do mesmo autor, "Lições de Direito Penal", pág. 102, nota 83, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966).

No momento em que, "em nosso país, a proteção do consumidor somente vem alcançando projeção na medida em que a liberdade de imprensa e de outros meios de denúncia iniciam o processo de conscientizar a população na defesa de seus direitos e de romper os muros da impunidade que se erguem para a defesa dos infratores" (René Ariel Dotti — "O Direito Penal Econômico e a Proteção do Consumidor", comunicação apresentada ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal, Rio 20/23 de outubro de 1982), e quando o Governo estadual também demonstra uma sadia preocupação em face dos chamados crimes de colarinho branco, pareceu-nos oportuna a divulgação deste trabalho.