

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ana Luiza Rodarte Bueno

**RETROATIVIDADE DO COMPLEMENTO
REFERIDO PELA LEI PENAL EM BRANCO**

Belo Horizonte

2024

ANA LUIZA RODARTE BUENO

**RETROATIVIDADE DO COMPLEMENTO
REFERIDO PELA LEI PENAL EM BRANCO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Penal Contemporâneo pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha.

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

B928r Bueno, Ana Luiza Rodarte
Retroatividade do complemento referido pela lei penal em branco
[manuscrito] / Ana Luiza Rodoarte Bueno. - 2024.
95 f.

Orientador: Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 90-95.

1. Direito penal - Teses. 2. Leis penais em branco - Teses. 3. Leis -
Retroatividade - Teses. I. Rocha, Fernando Antônio Nogueira Galvão da.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA ANA LUIZA RODARTE BUENO

Realizou-se, no dia 20 de setembro de 2024, às 10:00 horas, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *RETROATIVIDADE DO COMPLEMENTO REFERIDO PELA LEI PENAL EM BRANCO*, apresentada por ANA LUIZA RODARTE BUENO, número de registro 2022651183, graduada no curso de DIREITO/NOTURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Fernando Antonio Nogueira Galvao da Rocha - Orientador (UFMG), Prof(a). Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes (Universidade Federal de Juiz de Fora), Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota 100 (cem).

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 20 de setembro de 2024.

Documento assinado digitalmente
gov.br FERNANDO ANTONIO NOGUEIRA GALVAO DA ROCHA
Data: 20/09/2024 11:55:35-0300
Verifique em <https://validar.itl.gov.br>

Prof. Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha (Doutor) Nota: 100 (cem)

Documento assinado digitalmente
gov.br CLEVERSON RAYMUNDO SBARZI GUEDES
Data: 20/09/2024 12:17:07-0300
Verifique em <https://validar.itl.gov.br>

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes (Doutor) Nota: 100 (cem)

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (Doutor) Nota: 100 (cem)

*“Nasço amanhã
Ando onde há espaço:
– Meu tempo é quando”
Vinícius de Moraes.*

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo comprovar a hipótese de que, havendo modificação no complemento referido pela lei penal em branco, esse deverá retroagir nos casos em que a modificação significar que a conduta pretérita não mais representa lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado, ou seja, quando há uma reavaliação da necessidade de proibição da conduta. Para tanto, inicia-se a análise pela descrição das diversas concepções doutrinárias de lei penal em branco, bem como a avaliação do conceito de lei penal em branco no que concerne à diferenciação do elemento em branco em relação aos demais elementos normativos da lei penal, além de sua relação com a fonte formal e o âmbito material das normas complementares. A partir dessas concepções, é realizada uma delimitação do conceito de lei penal em branco com base nos marcos teóricos adotados, que seja adequada em termos teóricos e práticos. Na sequência, é descrito o tratamento dado pela doutrina à lei penal no tempo, desde a regra geral até os princípios da irretroatividade, retroatividade benéfica e leis temporárias e excepcionais. Com essa descrição, é possível verificar e analisar criticamente o panorama que pode ser constatado sobre a retroatividade do complemento referido pelas leis penais em branco, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, identificando e agrupando os critérios em comum, de forma a explicitar as principais posições defendidas. Por fim, a análise leva à formulação de uma proposta de solução sistematizada e compatível com o sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: 1. Lei penal em branco. 2. Lei penal no tempo. 3. Retroatividade em favor do sujeito. 4. Modificação legislativa.

ABSTRACT

The main objective of this work is to demonstrate the hypothesis that, if there is a modification in the complement referred to by the blank criminal law, it should retroactively apply in cases where the modification signifies that the past conduct no longer represents harm or danger to the protected legal interest, in other words, when there is a reassessment of the necessity to prohibit the conduct. To achieve this, the analysis begins with a description of the various doctrinal conceptions of blank criminal law, as well as an evaluation of the concept of blank criminal law regarding the differentiation of the blank element from other normative elements of criminal law, as well as its relationship with the formal source and the material scope of complementary norms. Based on these conceptions, a delimitation of the concept of blank criminal law is carried out based on the theoretical frameworks adopted, which is appropriate in theoretical and practical terms. Subsequently, the treatment given by doctrine to criminal law over time is described, from the general rule to the principles of non-retroactivity, beneficial retroactivity, and temporary and exceptional laws. With this description, it is possible to verify and critically analyze the panorama that can be observed regarding the retroactivity of the complement referred to by blank criminal laws, in doctrinal and jurisprudential scope, identifying and grouping the common criteria, to elucidate the main defended positions. Finally, the analysis leads to the formulation of a proposal for a systematized solution compatible with the Brazilian legal system.

Keywords: 1. Blank criminal law. 2. Criminal law in time. 3. Retroactivity in favor of the subject. 4. Legislative modification.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. LEI PENAL EM BRANCO E SUAS DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS	13
2.1. Lei ou norma penal em branco: nomenclatura adotada	13
2.1.1. <i>Particularidades entre a lei e a norma penal</i>	<i>13</i>
2.1.2. <i>Síntese da abordagem e justificativa terminológica</i>	<i>17</i>
2.2. Lei penal em branco quanto ao conteúdo e extensão da remissão	17
2.2.1. <i>Concepção ampla: elemento em branco de remissão abrangente.....</i>	<i>18</i>
2.2.2. <i>Concepção restritiva: remissão que não determina o conteúdo de injusto</i>	<i>20</i>
2.2.3. <i>Concepção intermediária e elementos normativos da lei penal: elementos em branco, elementos normativos e elementos de valoração global do fato</i>	<i>22</i>
2.3. Lei penal em branco quanto à fonte formal da norma de complementação	25
2.3.1. <i>Concepção ampla e a ausência de distinção entre as fontes formais.....</i>	<i>26</i>
2.3.2. <i>Concepções restritivas e limitação das fontes formais às normas hierarquicamente inferiores</i>	<i>28</i>
2.4. Lei penal em branco e o âmbito material da norma de complementação	30
2.5. Breve digressão sobre as críticas direcionadas às leis penais em branco	35
2.6. Síntese da abordagem e conclusões intermediárias	38
3. DIREITO PENAL INTERTEMPORAL	40
3.1. Regra geral: <i>tempus regit actum</i> e princípio da irretroatividade da lei penal	40
3.2. Princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa ao sujeito	43
3.2.1. <i>Lei nova que criminaliza condutas (novatio legis incriminadora)</i>	<i>45</i>
3.2.2. <i>Lei nova que modifica circunstâncias em prejuízo do sujeito (novatio legis in pejus).....</i>	<i>47</i>
3.3. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica	48
3.3.1. <i>Lei nova que promove a descriminalização de condutas (abolitio criminis)</i>	<i>50</i>

3.3.2. <i>Lei nova que de qualquer forma beneficie o sujeito (novatio legis in melius)</i>	53
3.3.3. <i>Critério para determinação da lei penal mais benéfica</i>	54
3.3.4. <i>Lei penal nova parcialmente mais benéfica</i>	56
3.4. Exceções à retroatividade da lei penal mais benéfica: casos de ultratividade de leis penais incriminadoras temporárias e excepcionais	57
3.4.1 <i>Sobre a constitucionalidade das leis penais temporárias e excepcionais</i>	58
3.5. Síntese da abordagem e conclusões intermediárias	61
4. ANÁLISE SOBRE AS HIPÓTESES DE RETROATIVIDADE DA MUDANÇA MAIS BENÉFICA AO SUJEITO NO COMPLEMENTO DA LEI PENAL EM BRANCO	62
4.1. A irretroatividade absoluta da mudança no complemento	62
4.2. A retroatividade irrestrita da mudança mais benéfica no complemento	64
4.3. Posicionamentos intermediários: retroatividade benéfica limitada	66
4.3.1. <i>Diferenciação entre modificação de circunstâncias fáticas e jurídicas</i>	66
4.3.2. <i>Diferenciação entre abolitio criminis e novatio legis in melius: retroatividade com foco nos casos de supressão do caráter ilícito do fato</i>	67
4.3.3. <i>Retroatividade benéfica apenas nos casos de ausência de necessidade da pena</i> ...	68
4.3.4. <i>Exceção à retroatividade da norma complementar mais benéfica ao sujeito apenas nos casos de normas complementares excepcionais ou temporárias</i>	70
4.4. Análise crítica dos posicionamentos abordados e tomada de posição	73
4.4.1. <i>Coerência quanto às implicações do conceito de lei penal em branco</i>	73
4.4.2. <i>Conceito adotado no trabalho e a necessidade de reconhecer a retroatividade da modificação mais benéfica ao sujeito da norma complementar à lei penal em branco</i> ...	74
4.4.3. <i>Análise sobre os posicionamentos intermediários e demonstração sobre a idoneidade de exceções específicas à retroatividade da lei mais benéfica</i>	76
4.5. Síntese da pesquisa e das posições adotadas no trabalho	81
5. CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

1. INTRODUÇÃO

A edição de leis penais em branco tem se tornado cada vez mais frequente no cenário legislativo brasileiro, sobretudo em função da crescente ampliação dos âmbitos de inserção do Direito Penal¹. A multiplicação dessa complexa figura legislativa, marcada pelo emprego de técnicas de remissão, apresenta diversos desafios à dogmática penal, principalmente no que concerne à sua aplicação no tempo, como será demonstrado no presente trabalho. Apenas para fins introdutórios, destaca-se que as leis penais em branco são aquelas que autonomamente não possibilitam a extração de uma norma dotada de sentido, necessitando de complementação por norma extrapenal, a qual determina um mandamento ou proibição². Segundo essa concepção, a infração do imperativo contido na norma extrapenal é que constitui o injusto estabelecido pela lei penal em branco. Por sua vez, o tipo penal, conteúdo da lei penal em branco, difere desta em relação à sua completude, perfazendo uma figura completa, pois já complementado pela norma extrapenal referida pelo elemento em branco. Isso aponta para um primeiro fator problemático, visto que, nesses casos, o tipo penal será composto por duas partes de diferentes origens, uma oriunda da lei penal e outra da norma extrapenal complementar³.

Ademais, soma-se a esse debate outro elemento complicador, relativo à fonte formal⁴ do complemento das leis penais em branco, ou seja, sobre quais espécies de legislação podem dar origem à norma de complementação de uma lei penal em branco. Como será demonstrado no decorrer do presente trabalho, adota-se uma posição ampla⁵ sobre a fonte formal da norma

¹ Sobre o tema, vide a obra: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33 *et seq.*

² HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 107-115.

³ Entendendo que o complemento é elemento do tipo penal, vide SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 8ª ed. Florianópolis: TLB, 2018, p. 52. Para Horta (2016, p. 262-263), nem todos os tipos de injusto definidos por leis penais em branco serão integrados pelo dever extrapenal, entendendo o autor que nos crimes de dano e de perigo concreto o próprio resultado legalmente determinado já revelaria a ofensividade da conduta, sendo, assim, independente da infração do dever extrapenal. Nas palavras do autor “o tipo de injusto de dano ou perigo concreto definido por lei penal em branco não é integrado pelo dever extrapenal infringido por quem o comete, mas apenas pelos elementos descritivos ou normativos determinantes dessa infração”, por outro lado “os tipos de injusto de perigo abstrato definidos por lei penal em branco incluirão a contrariedade ao dever extrapenal como elemento constitutivo, quando não se puder vislumbrar desde a lei punitiva nenhuma outra qualidade da conduta incriminada indicativa de sua contrariedade ao bem jurídico, ou conotativa do seu sentido social”.

⁴ Ressalta-se que, assim como o conceito de lei penal em branco, essa questão também não é pacificada, existindo posicionamentos diversos quanto às possibilidades de fontes formais de complementação das leis penais em branco. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch Casa Editorial: Barcelona, 1975, p. 48-50; vale também registrar o posicionamento contido no artigo de TIEDEMANN, Klaus. *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan./mar. 2002, p.74, o qual, remetendo-se a Binding, por exemplo, excluiu do conceito de lei penal em branco aquelas que são complementadas por outras leis de mesma instância normativa

⁵ DOVAL PAIS, Antônio. **Posibilidades e límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes en blanco**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 101-102.

de complementação, para reconhecer que podem ser considerada norma de complementação à lei penal em branco tanto as normas que são oriundas de instâncias normativas diversas de lei ordinária (como, por exemplo, leis municipais, estaduais, decretos do Poder Executivo, dentre outras), como por outra lei em sentido formal, exigindo-se apenas que o complemento se origine de ato normativo diverso da própria lei penal em branco⁶. Diante da possibilidade de que haja a complementação da lei penal em branco por normas de instâncias legislativas diversas, pode-se inferir que haverá uma maior facilidade (ou mesmo probabilidade) de modificações desses elementos do tipo penal, considerando que poderão ocorrer alterações na norma complementar extrapenal sem percorrer um processo legislativo⁷.

Essa modificação “facilitada” das normas de complementação e, por conseguinte, dos tipos penais contidos nas leis penais em branco apresenta-se como uma complexa problemática, em especial quando analisada pela perspectiva da lei penal no tempo. Isso ocorre porque as leis penais possuem regras específicas sobre sua eficácia temporal (conforme arts. 2º e 3º do Código Penal, assim como art. 5º, inciso XL, da Constituição da República de 1988), regras essas que podem não ser aplicáveis no âmbito das normas extrapenais que complementam a lei penal em branco. Afinal, os artigos mencionados definem como regra a aplicação da lei penal vigente ao tempo da ação ou omissão criminosa – *tempus regit actum* –, ressaltando a irretroatividade da lei penal e a retroatividade desta, apenas caso seja benéfica ao sujeito. Nesse sentido, caso ocorra uma modificação na norma de complementação extrapenal que, de qualquer modo, beneficie o sujeito, surge a questão sobre se ela irá ou não retroagir, ou seja, se o complemento também seguirá as normas concernentes à validade temporal da lei penal. Esse é exatamente o cerne do trabalho e de toda a investigação que será realizada adiante. Para fins de delimitação metodológica, será buscada uma resposta à seguinte pergunta: em quais casos a modificação do complemento referido pela lei penal em branco deverá retroagir?

Essa pergunta central pode ser compreendida de forma mais precisa, assim como sua respectiva resposta – que constitui a hipótese deste trabalho – poderá ser comprovada sobretudo por meio dos casos abaixo descritos⁸, em relação aos quais se indagará, ao final do trabalho e

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho penal*: parte general I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 465.

⁷ Para exemplo, destaca-se os decretos regulamentares, como espécies normativas secundárias, não são elaborados por meio do processo legislativo, e podem constituir elementos de complementação de leis penais em branco como é o caso do tipo penal descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003, complementado sem percorrer o processo legislativo no Congresso Nacional que é indispensável à vigência da figura típica. Vide: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2024, p. 1054.

⁸ Justifica-se a análise e resolução de casos, tendo em vista a sua grande importância para as ciências criminais e para a pesquisa jurídica. HILGENDORF, Eric. *Direito penal*: parte geral. Tradução Orlandino Gleizer. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.83-84; WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 184-196. Em relação aos casos 1, 2 e 3, vide acórdãos que versaram sobre casos muito semelhantes aos que foram elencados no presente trabalho – embora os casos do trabalho sejam adaptados, esses

com base em tudo que foi abordado, se a modificação do complemento referido pela lei penal em branco deverá retroagir em benefício do sujeito.

Caso 1: O indivíduo A, Prefeito Municipal, foi denunciado pelo delito previsto no art. 337-E do Código Penal. A conduta imputada na denúncia foi referente à realização de uma contratação direta, sem procedimento licitatório, para um serviço de engenharia no valor R\$35.000,00, em desacordo com a lei vigente à época dos fatos, incorrendo no crime do artigo mencionado. Ocorre que, posteriormente, foi publicada uma nova lei de licitações alterando os valores que determinam as hipóteses de dispensabilidade da licitação. Com essa alteração, a licitação que era exigível por lei à época dos fatos, passou a ser dispensável, visto que nos casos de serviços de engenharia as licitações passaram a ser dispensáveis até o valor de R\$100.000,00.

Caso 2: O indivíduo B foi denunciado pelo delito previsto no art. 268 do Código Penal, que prevê a tipificação da infração de determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. A conduta imputada na denúncia foi a de promover uma festa em sua propriedade, na qual muitas pessoas se encontravam sem máscara ou equipamento de proteção, violando o decreto editado no estado de sua residência, que proibia esse tipo de aglomeração, enquanto durasse a situação de epidemia que ocorria naquele local. Alguns meses depois, a situação de epidemia teve fim, sendo revogado o mencionado decreto.

Caso 3: O indivíduo C foi denunciado pelo delito previsto no art. 68 da Lei 9.605/1998, que consiste em deixar de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental, aquele que tem dever legal ou contratual de cumpri-la. A conduta imputada na denúncia foi a de violar instrução normativa da autoridade competente que exigia a instalação, na embarcação de sua propriedade, de equipamento que permite a emissão de sinais por sistema de satélite, essencial à fiscalização ambiental. Posteriormente, o conteúdo da referida instrução normativa foi alterado, deixando de ser exigida a instalação desse equipamento, por não ser mais necessário à fiscalização.

Caso 4: O indivíduo D, proprietário de um posto de gasolina, foi denunciado pelo crime do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/1991, de “adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, por não ter mantido uma amostra-testemunha do combustível vendido no posto, visível ao todo

Julgados trazem os casos concretos que inspiraram as hipóteses realizadas no trabalho –, por meio dos seguintes dados de registro nos respectivos Tribunais Superiores: BRASIL. STJ. REsp nº 474.989/RS. Quinta Turma. Relatoria Ministro Gilson Dipp. Julgado em 10/06/2003. Publicado em 25/08/2003; BRASIL. STJ. Ag Rg no Hc nº 573.739/DF. Sexta Turma. Relatoria Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em 02/06/2020. Publicado em 09/06/2020; BRASIL. STF. Ag Rg no Hc nº 150147. Segunda Turma. Relatoria Celso de Mello. Julgado em 12/04/2019. Publicado em 24/04/2019.

o público, conforme era exigido pelo a Resolução n. 44/2013 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Ocorre que, posteriormente, a Resolução da Agência Nacional do Petróleo, que estabelecia essa exigência, foi revogada pela Resolução n. 898/2022, deixando de haver a exigência de manutenção da amostra-testemunha acessível ao público, mantendo-se apenas a exigência de armazenamento em envelope de segurança, com a finalidade de controle da qualidade do combustível, podendo o controle ser efetivamente realizado por outros meios, como o preenchimento do Registro de Análise e Qualidade.

2. LEI PENAL EM BRANCO E SUAS DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

Considerando que o presente trabalho irá investigar a retroatividade das modificações ocorridas nas normas de complementação às leis penais em branco, o ponto de partida deve necessariamente abarcar as delimitações conceituais da lei penal em branco, assim como adotar um posicionamento sobre essas delimitações, de modo a concretizar uma estrutura mais sólida para todo o debate que seguirá. Assim, vejamos as principais concepções que buscaram delimitar conceitualmente a lei penal em branco.

2.1. Lei ou norma penal em branco: nomenclatura adotada

Antes que sejam enfrentados os questionamentos referentes ao conceito de lei penal em branco, é essencial esclarecermos as razões pelas quais é utilizado o termo “lei” em detrimento do termo “norma”, quando são feitas as diversas referências a essa espécie legislativa em meio ao presente trabalho. Esse esclarecimento compõe uma parte significativa do debate em torno das leis penais em branco e sua compreensão. Para tanto, deve-se abordar as particularidades da lei penal e as distinções entre norma jurídica e norma penal.

2.1.1. Particularidades entre a lei e a norma penal

Desde os primeiros temas estudados na dogmática penal, é possível verificar que há uma afirmação recorrente de que o Direito Penal utiliza uma técnica legislativa peculiar, que consiste no fato de que a norma penal, cuja existência e violação são indispensáveis para a aplicação da pena – sanção – é sempre implícita na lei penal incriminadora⁹. Há duas designações utilizadas

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 420.

nesse âmbito. A primeira delas afirma que a norma penal seria o preceito implícito ao tipo penal e a pena seria a sanção imposta à violação desse preceito¹⁰. Uma segunda vertente afirma que o tipo penal seria o preceito primário – ou incriminador –, enquanto a sanção seria o preceito secundário da norma penal¹¹, estando a norma implícita no conjunto entre preceito primário e secundário, sendo essa a concepção mais utilizada pela atual doutrina penal brasileira, razão pela qual será adotada neste trabalho, para maior precisão conceitual. De todo modo, independente da designação adotada quanto à expressão “preceito” e sua aplicação entre o tipo penal e a norma penal, há relativa unanimidade na doutrina quanto à afirmação de que a norma penal, que decorre do tipo penal e da sanção correspondente, não é expressa, mas consta de maneira implícita nessa combinação entre tipo e pena¹². Trata-se, dessa forma, da utilização de figuras típicas na legislação positiva, as quais consistem em modelos de comportamento que, caso praticados, violam a combinação entre preceito primário e secundário. Nesse sentido, a norma penal, o mandamento ou proibição por excelência, que se pode exemplificar como “*não matarás*”, “*não roubarás*”, dentre outros termos, permanece implícita em relação à lei.

Todavia, isso não significa que é a violação do tipo penal que causa o poder de aplicar a sanção, visto que a conduta humana é subsumida ao próprio tipo. Ao contrário, o que resulta na aplicação da sanção é agir exatamente conforme o tipo penal – e, ainda, de forma ilícita, com culpabilidade e punibilidade – e, por conseguinte, agir violando a norma penal. O que realmente possibilita a aplicação da sanção é, portanto, a violação da norma penal, da disposição extraível da análise conjunta do tipo penal e do preceito secundário, que pode ser inferida a partir da lei penal incriminadora. Analisando essa relação entre tipo e norma penal, Bruno desenvolve uma concepção segundo o qual, na estrutura moderna de norma penal, tem-se como implícito o imperativo de conduta em relação à lei penal, que carrega, de forma expressa, apenas a sanção e um de seus pressupostos – este seria, essencialmente, a prática do tipo penal¹³. A transgressão da norma penal residiria em agir conforme o tipo penal que é expressamente previsto na lei penal incriminadora, sendo que, por essa razão, Bruno cita configuração da lei penal como um “quadro de tipos delitivos”, um conjunto de figuras típicas, com as penas correspondentes a eles e, ainda, os princípios que regulam esse sistema¹⁴. Pode-se afirmar, ainda, que embora as normas penais possam se distinguir conceitualmente dos tipos penais, sobretudo por meio da

¹⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 195.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 422.

¹² BRUNO, Aníbal. **Direito...**, p. 195.

¹³ BRUNO, Aníbal. **Direito...**, p. 196.

¹⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito...**, p. 196.

interpretação jurídica, os conceitos são dependentes, sobretudo, especificamente, quanto a seu momento de surgimento, seu conteúdo e sua natureza¹⁵.

Uma possível justificativa para a utilização dessa técnica legislativa seria o fato de que pode ser mais prática, pois evitaria a repetição desnecessária de expressões negativas da conduta que é proibida pelo Estado, atendo-se aos elementos que realmente importam para o intuito precípua de considerar uma conduta como típica e, portanto, consagrando o princípio da legalidade¹⁶. Do referido pressuposto dogmático é possível considerar como muito pertinente a conclusão de Bitencourt, para quem “a norma penal está contida na lei penal” e que “é através da lei penal que o legislador enuncia norma incriminadoras, definindo a infração penal e cominando a respectiva sanção”¹⁷. Por conseguinte, é evidente que a norma penal é um todo indispensável para a aplicação da sanção que corresponde à sua violação.

Essa característica leva ainda à constatação de que a norma jurídico-penal não é uma espécie complementar de norma jurídica. Em outras palavras, o Direito Penal não consiste em um âmbito jurídico dependente e puramente complementar quanto ao restante da totalidade da ordem jurídica, conforme indicava Binding, mas sim de um Direito autônomo e constitutivo, no qual a violação da norma penal deve ser compreendida como uma lesão específica à ordem jurídica. Afinal, pode-se afirmar em relação ao Direito Penal que “mesmo quando eleva certos bens já protegidos por outros ramos da ordem jurídica à sua tutela peculiar, o faz por meio de preceitos originários e autônomos, que são indissociáveis da sanção correspondente ao seu descumprimento”¹⁸. Também aqui, portanto, a norma penal é de fundamental importância, pois a estrutura do tipo que lhe origina é pressuposto da existência de um Direito Penal autônomo.

Aqui chegamos ao ponto essencial para o debate do presente trabalho: quando uma lei penal possui elementos em branco, não se pode confundi-la com o tipo penal (já completo), com o elemento em branco da lei, ou com a norma penal (mandamento ou proibição). Na realidade, trata-se de um raciocínio exatamente inverso: se a lei penal incriminadora tem um elemento em branco dentre seus elementos objetivos, a apreensão e a própria existência da norma penal dependem da complementação desse elemento, exceto que tal complementação se caracterize como mero requinte, dispensável ao conteúdo da proibição. Em outras palavras, no que se refere às leis penais em branco, temos que a norma penal será composta tanto por aquele imperativo criador do elemento em branco da lei penal, como por seu complemento: ambos

¹⁵ Sobre o tema examinado, vide o seguinte trabalho: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. 2ª ed. Montevideo y Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 523.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, p. 44-45.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, p. 178.

¹⁸ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos...*, p. 86.

indispensáveis para a aplicação da sanção, no caso de violação da norma penal. Essa concepção tem como origem, em especial, a abordagem realizada por Horta, que partiu dos ensinamentos de Bruno e, parcialmente, de Binding para justificar a utilização da terminologia “lei penal em branco”. Segundo o autor, os elementos em branco seriam próprios de uma técnica legislativa peculiar, que é caracterizada pela realização de remissões a outros dispositivos, sejam legais ou administrativo, para determinar o pressuposto fático da pena¹⁹. Portanto, trata-se de uma análise que incide no âmbito da lei penal, integrando seu conteúdo, que é a norma penal. Dessa forma, a norma penal deve ser necessariamente consubstanciada em uma unidade de sentido integrada pela norma de complementação, pois caso contrário não terá sentido algum e, simplesmente, não há como existir, já que ausente sua complementação²⁰. Em outros termos, se há alguma lei penal cuja norma se concretize sem um complemento, não se trata de uma lei penal em branco, pois esta somente será constatada caso nenhum sentido proibitivo característico de uma norma penal lhe seja extraído isoladamente, sem que seja observada a norma de complementação.

Em sentido semelhante é a posição de Morales, para quem as leis penais em branco são aquelas cuja norma subjacente não se encontra completa a partir do preceito incriminador, de modo a necessitar de um complemento ao qual fazem remissão para que o conteúdo proibitivo que é inerente à norma penal seja consubstanciado²¹. Vale apontar que a autora também admite como leis penais em branco aquelas que contém algum aspecto da conduta independentemente da norma complementar, o que é refutado neste trabalho, conforme será detalhado adiante. No que importa a este item, contudo, Morales também destaca a necessidade de se reconhecer como lei penal em branco todo preceito incriminador que, em alguma medida, depende de uma norma complementar para dar sentido à proibição.²²

Diante dessa concepção, compartilhada neste trabalho por sua precisão dogmática, tem-se que, se um conjunto de diversos elementos são essenciais para a aplicação de uma sanção, já que constituem a norma penal, tanto o elemento em branco da lei penal como o dispositivo de complementação são integrantes da norma penal, apenas consubstanciando-a de forma conjunta e inseparável. Por isso, é de se concordar com a posição acima indicada de Horta, assim como

¹⁹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 86-87.

²⁰ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 87.

²¹ MORALES, Sandra Eugenia Zúñiga Morales. *Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad*. **Revista De Derecho**, (8), 161–182. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i8.985>, p. 162.

²² MORALES, Sandra Eugenia Zúñiga Morales. *Cuando...*, p. 162. A autora indica também o posicionamento de Luzón Peña, para quem “se em algum caso há uma remissão em bloco da totalidade do preceito incriminador típico para outra norma extrapenal, então formalmente a lei penal em branco faz uma referência ao preceito proibitivo, realmente sendo uma norma estruturalmente incompleta e que materialmente descumpra a exigência do princípio da legalidade, de que seja a própria lei penal aquela que fixa com precisão as características do delito”. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal: Parte general**, I. Madrid: Universitas, 1996, p. 147.

de diversos outros autores²³, no sentido de que deve ser dada primazia à expressão lei penal em branco em detrimento da expressão norma penal em branco, já que essa seria menos precisa e se revela dissonante da correta técnica legislativa empregada no âmbito penal.

2.1.2. Síntese da abordagem e justificativa terminológica

Conforme descrito neste item, o presente trabalho irá empregar a terminologia “lei penal em branco”, partindo do pressuposto de que o elemento em branco da lei penal é apenas um dos requisitos da conduta típica, e que a violação da norma penal apenas pode ser constatada e a correspondente sanção aplicada caso se verifique a violação integral ao imperativo de conduta imposto pelo Estado. Dessa forma, não pode haver dispositivo de complementação que não seja vinculado à norma penal, e não pode existir aplicação da sanção sem que ambos estejam visíveis na situação: tanto o elemento em branco, como aquele que o complementa, cuja norma penal a ser violada lhes estará implícita e apenas é apreensível a partir de seu conjunto. Utilizar o termo norma penal em branco é incorreto pelo simples fato de que à norma corresponde a um mandamento ou proibição e conseqüentemente sua violação enseja uma sanção, devendo ser completa, pois caso contrário não ensejaria a aplicação da sanção penal.

2.2. Lei penal em branco quanto ao conteúdo e extensão da remissão

Uma vez apresentada a justificativa pela qual está sendo utilizada a expressão “lei penal em branco” em detrimento do termo “norma penal em branco”, é possível investigarmos todos os elementos da lei penal em branco. O primeiro deles é exatamente o elemento em branco da lei penal, que exige um complemento normativo para nos levar ao pleno significado da norma penal incriminadora. Os elementos em branco das leis penais são classificados e estudados de diversas formas. Uma das principais formas de classificação e estudo desses elementos é analisando-os quanto ao conteúdo e à extensão da remissão que é indispensável para a complementação da lei penal. Nesse item, abordaremos esses elementos a partir da referida perspectiva, sendo de rigor destacar, desde logo, que há três principais concepções doutrinárias quanto a esse tema: ampla, restritiva e intermediária. Feitos esses esclarecimentos, vejamos as concepções indicadas.

²³ DIAS, Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 405 et seq.; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito...**, p. 53.

2.2.1. *Concepção ampla: elemento em branco de remissão abrangente*

A concepção ampla busca categorizar as leis penais em branco a partir do conteúdo e da extensão da remissão que é exigida por uma lei penal em branco. Dessa forma, são consideradas leis penais em branco todas aquelas nas quais o mandamento ou a proibição devam ser integrados ou complementados por algum outro ato normativo, que poderá ser tanto para dar sentido a um elemento do tipo, como para consistir no conteúdo de injusto. Essa concepção é predominante na doutrina brasileira e tem um dos principais expoentes Bruno, que estabelece o entendimento de que os elementos que necessitam de complementação podem variar desde um “máximo”, quando a lei penal em branco se remete a dispositivo de outra lei ou regulamento e este contém todo o conteúdo de injusto inerente à proibição penal, até o “mínimo”, quando o dispositivo de complementação oferece apenas uma carga interpretativa de sentido a um dos elementos do tipo²⁴. Para o referido autor, o dispositivo que se presta a complementar uma lei penal em branco pode ser da mesma natureza jurídica que esta ou, ainda, de uma natureza diferente, como um regulamento, além de poder advir de uma fonte idêntica – Congresso Nacional – ou distinta, como atos administrativos²⁵. A amplitude de sua concepção fica ainda mais evidente com os exemplos de leis penais em branco que são citados pelo autor, quais sejam: art. 323 do Código Penal, que tipifica a conduta de "abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei", nesse caso exigindo complementação por legislação ordinária e, ainda, consistindo o elemento de complementação no próprio conteúdo do injusto; art. 350, que foi atualmente revogado pela Lei n. 13.869/2019, mas que previa a figura típica de "ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder"²⁶, nessa hipótese, claramente sem depender de um diploma legislativo de natureza ou de fonte específicas, como lei ordinária, mas com uma possibilidade mais ampla e interpretativa de complementação do sentido do tipo penal; art. 268: "infringir determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa", em que o elemento em branco exige que seja complementado por uma norma que deve integrar o próprio conteúdo de injusto, remetendo expressamente a um ato administrativo, embora não indique de qual esfera

²⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito...**, p. 191.

²⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito...**, p. 191.

²⁶ Atualmente, um tipo penal correspondente seria o previsto no art. 9º da Lei n. 13.869/2019, que proíbe a conduta de “Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”, incidindo nas mesmas penas quem “relaxar a prisão manifestamente ilegal”, “substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível” ou “deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível”.

de poder do Estado ele deve ser proveniente, também resultando em uma concepção extremamente ampla.

Como é possível perceber, a concepção ampla inclui como lei penal em branco aqueles elementos em branco que possibilitam remissões de qualquer espécie, ou seja, que implicam a uma complementação normativa que pode ser denominada como abrangente, visto que ocorrerá tanto para constituir o injusto, como para somente acrescentar algum significado ao elemento em branco da lei penal. Explicando essa concepção ampla sobre as leis penais em branco, Horta reafirma que levando as premissas de Bruno adiante, o art. 268 do Código Penal realmente pode ser considerado uma lei penal em branco, da mesma forma que o artigo 33 da Lei n. 11.343/06, que tipifica a conduta específica de “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Na hipótese desse tipo penal, Horta indica que o termo “drogas”, por também depender de uma complementação que dependeria de certas disposições regulamentares, como, por exemplo, uma Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, também poderia ser considerado uma lei penal em branco²⁷, embora discorde dessa conclusão por não acolher a concepção ampla, conforme será indicado com maiores detalhes adiante.

Diz-se que na doutrina brasileira predomina essa concepção ampla pois diversos autores expressam concordância com seus fundamentos, inclusive autores que exerceram indubitável influência na dogmática penal brasileira. Apenas a título de exemplo, esse é o caso de Toledo, que afirma serem as leis penais em branco os dispositivos que “remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas”²⁸, ou também de Prado, para o qual “a lei penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para sua integração ou complementação”.²⁹

Para essa concepção ampla, é de se questionar que se o complemento ao qual a lei penal em branco faz remissão pode ser meramente para dar-lhe algum sentido, então há um enorme risco de que a distinção terminológica entre lei penal em branco e elemento normativo do tipo perca sua razão de existir, o que é inadmissível, pois resultaria em um esvaziamento do debate

²⁷ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 89.

²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42-43.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 199.

e em menor precisão terminológica em meio a temas que já são de grande complexidade, como será observado com maior detalhes nos próximos itens do trabalho. Afinal, quando se coloca as expressões indicadas como sinônimos, perde-se muita precisão dogmática e amplia-se demasiadamente a abrangência das leis penais em branco, visto que na atualidade utiliza-se com muita frequência elementos normativos para elaboração dos tipos penais. De todo modo, por ora é essencial apontar que a concepção ampla defende a abordagem citada acima sobre a lei penal em branco, indicando que a remissão realizada por ela pode ter como finalidade tanto integrar o conteúdo do injusto, como lhe oferecer qualquer espécie de carga interpretativa.

2.2.2. *Concepção restritiva: remissão que não determina o conteúdo de injusto*

No outro extremo do debate sobre a conceituação das leis penais em branco quanto ao elemento em branco se localiza a concepção restritiva. Para essa concepção, busca-se realizar uma delimitação, ao menos diante de uma perspectiva formal, sobre o que seria uma lei penal em branco. Nesse sentido, autores que defendem a concepção indicada argumentam que as leis penais em branco são apenas aquelas que não carregam o conteúdo de injusto e que, portanto, apresentam somente uma ameaça de pena à violação de um imperativo que está contido em outro dispositivo legal, ou seja, a mandamentos ou proibições previstas externamente à própria lei penal em branco. Um dos maiores exemplos do acolhimento dessa concepção restritiva é o posicionamento de Puppe, que inicia sua explicação por afirmar que existem tipos penais que são incompletos e que observados isoladamente não se pode deduzir uma norma determinada que tenha sentido, sendo que fazem parte desse grupo as leis penais em branco, as quais, como indica a autora em sua obra, contêm “unicamente uma ameaça de pena e, em vez do tipo, uma remissão a mandatos ou proibições dispostos em outro lugar”³⁰. Nesse caso, afirma Puppe que há certa concordância na doutrina de que os tipos das normas de complementação às leis penais em branco integram a norma penal para determinar o conteúdo da conduta típica. Segundo essa concepção, as leis penais em branco seriam restritas a algumas leis penais incriminadoras que beiram a tautologia³¹, ou seja, que não podem ter um sentido sem sua complementação, apenas

³⁰ PUPPE, Ingeborg. *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*. In: Frisch, Wolfgang et alii. *El error en el Derecho Penal*. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 111-112.

³¹ Para fins de precisão dogmática, vale apontar que segundo Horta, analisando a obra de Puppe, as leis de caráter tautológico não são exatamente leis penais em branco em um sentido formal, mas outras espécies legislativas que teriam a mesma dependência de um complemento para atingir pleno significado. Vide: Não obstante, ao lado das leis penais em branco no sentido formal supra consignado, Puppe posiciona as leis penais em geral “que se referem a um dever estabelecido em outro lugar”. Em relação a estas reconhece a mesma necessidade de integração pelos tipos correspondentes às normas complementares, própria das leis penais formalmente em branco. Pois, como bem observa Puppe, quando a lei penal faz referência a um dever estabelecido em outro lugar, não se pode extrair

prevendo a ameaça de pena como sanção. Nesse caso, diferentemente da concepção ampla, não pode ser considerada uma lei penal em branco aquela cuja complementação é apenas para fins de interpretação ou de ampliação do significado do tipo, sem afetação do conteúdo do injusto.

Ao avaliar o problema específico da ocorrência de erro de tipo ou erro de proibição nas leis penais em branco, Roxin parte de uma concepção restritiva em sua obra, ao afirmar que os tipos penais em branco apenas contêm uma norma sancionadora, mas deixam sua integração a critério de outras leis, regulamentos ou, inclusive, atos administrativos³². Como exemplo, cita o tipo penal do § 315a, n. 1, inc. 2, do Código Penal alemão (*StGB*), que proíbe, essencialmente, a conduta de “violiar grosseiramente as disposições legais para garantir a segurança do tráfego ferroviário, de trem suspenso, marítimo ou aéreo”³³. Ou seja, trata-se de uma definição que se ampara na característica de que a norma de complementação constitui o próprio injusto penal, caracterizando a concepção restritiva debatida neste item do trabalho.

Avaliando nosso ordenamento jurídico a partir da concepção restritiva, com o objetivo de averiguar quais leis penais seriam efetivamente leis penais em branco, poderíamos chegar à conclusão espantosa de que pouquíssimas leis penais contêm elementos em branco. Um dos possíveis exemplos seria o art. 10 da Lei n. 9.296/1996, para o qual “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”. Especialmente em sua parte final, tais objetivos não podem ser apreendidos senão pela leitura de outras normas, constituindo o complemento o próprio conteúdo do injusto penal. Outro exemplo, citado por Horta, seria aquele contido no art. 68 da Lei n. 9.605/1998, para o qual constitui conduta típica “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”, e nesse caso também é evidente que o sentido da proibição não pode ser apreendido pela mera leitura do tipo penal, assim como no exemplo anteriormente indicado³⁴.

No que se refere ao primeiro caso contido na introdução deste trabalho, vale citar que para a concepção restritiva, o tipo penal pelo qual o indivíduo D foi denunciado, qual seja, que está contido no art. 1º, inciso I, da Lei n.º 8.176/1991, ainda assim poderia ser considerado uma

exclusivamente do tipo que lhe corresponde qualquer norma que tenha sentido, mas apenas uma tautologia”. Vide: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 90.

³² ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general, fundamentos la estructura de la teoría del delito**. Traducción y notas. Diego Manuel Luzón Peña, García Conlledo y Javier Remesal. Madrid: Civitas, t. I, 2003, p. 465.

³³ Vale transcrever a redação original e integral do tipo penal indicado acima: “*als Führer eines solchen Fahrzeugs oder als sonst für die Sicherheit Verantwortlicher durch grob pflichtwidriges Verhalten gegen Rechtsvorschriften zur Sicherung des Schienenbahn-, Schwebebahn-, Schiffs- oder Luftverkehrs verstößt*”.

³⁴ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 90.

lei penal em branco. Tal conclusão pode ser obtida pela mera leitura do tipo penal, que proíbe “adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”. Ora, se todo o conteúdo da proibição está contido na expressão “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, então o tipo penal é apenas uma ameaça de pena que faz remissão a essas disposições complementares, não sendo possível constatar o conteúdo do injusto sem a apreciação da norma complementar.

A concepção restritiva, embora de intenso rigor dogmático, apresenta uma dificuldade que consiste no tratamento diverso de fenômenos dogmáticos que têm profundas semelhanças e sobre os quais recaem consequências idênticas. A própria finalidade de classificação de certos conceitos é possibilitar uma abordagem conjunta, especialmente no que concerne a semelhantes conteúdos entre eles, pois é no conteúdo, no âmbito substancial, que aspectos mais relevantes se sobressaem na análise das leis penais em branco. Deve-se evitar um tratamento que mais obscurece o debate do que possibilita uma abordagem que é direcionada à solução de problemas dogmáticos e, por conseguinte, à segurança jurídica. Como exemplo, quando fora analisada a retroatividade do elemento de complementação da lei penal em branco, todos os elementos considerados como leis penais em branco para a concepção restritiva podem ser abordados em conjunto e a modificação dos complementos desses elementos em branco terão consequências temporais similares, assim como efeitos específicos no que se refere ao âmbito da retroatividade da lei penal. Por essas razões, se de um lado a concepção ampla é um recorte que impossibilita a visualização de certas peculiaridades, a concepção restritiva afasta do escopo de análise das leis penais em branco tantos conceitos e espécies de tipos penais substancialmente relevantes para esse estudo que dificulta a estruturação do debate em torno das leis penais em branco.

2.2.3. Concepção intermediária e elementos normativos da lei penal: elementos em branco, elementos normativos e elementos de valoração global do fato

Existe, ainda, a concepção intermediária, segundo a qual as leis penais em branco não se restringem apenas àquelas que formalmente fazem remissão a outro diploma normativo por meio de um elemento da lei penal, nem àquelas que realizam essa remissão por meio de uma forma determinada de praticar a conduta, consistindo a própria remissão como o conteúdo do injusto, conforme fora indicado por Puppe, na citação realizada anteriormente neste trabalho³⁵.

³⁵ PUPPE, Ingeborg. *Error...*, p. 111-112.

A concepção intermediária parte de uma divisão entre espécies de elementos normativos da lei penal, quais sejam: elementos em branco – que compõem as leis penais em branco –, elementos normativos do tipo penal e elementos de valoração global do fato. Portanto, essa concepção não inclui como leis penais em branco elementos normativos do tipo ou elementos de valoração global do fato, conforme se explicará em detalhes adiante. O cerne da concepção intermediária consiste em assumir que as leis penais em branco são todas aquelas cujo significado não pode ser alcançado sem a verificação do ato normativo complementar extrapenal ao qual se reportam, dependendo dessa norma de complementação para consubstanciar o conteúdo do injusto penal, não se restringindo, todavia, àquelas que são única e integralmente tautológicas.

Essa concepção intermediária é adotada por Horta, ao argumentar que a característica substancial comum a todas as leis penais em branco é que dependem da norma complementar para que a norma penal implícita exista e seja aplicada³⁶. Em outras palavras, as leis penais em branco são todas aquelas que fazem remissão a imperativos estabelecidos por atos normativos apartados do tipo penal, sem os quais não é possível “extrair da lei penal o sentido do preceito cuja infração se pune”³⁷. A principal diferença entre essa concepção e a restritiva de Puppe é que, para a concepção intermediária, também é possível considerar como leis penais em branco as leis que descrevem parcialmente a conduta típica, ainda que dependam do complemento para integrar a totalidade de sentido da norma ou do conteúdo do injusto penal.

Essa é a concepção mais correta, pelas razões que serão detalhadas neste parágrafo. Em primeiro lugar, pois ela tem grande precisão dogmática, já que utiliza um fundamento específico e idôneo para a classificação das leis penais em branco, qual seja, a qualidade de que as leis penais em branco se reportam a esses imperativos estabelecidos em atos normativos apartados do tipo penal, sem os quais não se pode extrair plenamente o sentido da norma penal. Ou seja, a concepção consegue detectar com precisão a substância que importa às leis penais em branco e que lhes é comum, possibilitando seu tratamento conjunto, a despeito de qualquer especificidade formal. Em segundo lugar, utilizando o referido fundamento, a concepção intermediária sobre as leis penais em branco possibilita maior acuidade no debate em torno de seus elementos em branco, pois o fundamento da classificação é que define suas consequências, como, por exemplo, para fins de avaliação de institutos – a exemplo da retroatividade de modificações no elemento de complementação. Afinal, se todas as leis penais em branco redundam em tautologia sem os elementos ao qual se remetem, a influência desses elementos será idêntica em todas elas. Não menos importante, a concepção intermediária também não

³⁶ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 93.

³⁷ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 94.

inclui entre as leis penais em branco dispositivos que possuem uma carga proibitiva independente de remissão externa à lei penal, conforme ocorre nos elementos de valoração global do fato. Dessa forma, exclui-se do debate os dispositivos cujos elementos não exigem uma remissão ou, quando muito, apenas precisam de um esforço interpretativo para que seja possível chegar a seu real significado. Vale apontar que se os citados elementos não são requisitos para a existência da norma penal, também suas consequências serão secundárias e menos relevantes se comparadas àquelas dos elementos que constituem a própria norma penal, sem os quais ela não pode ser configurada.

Por oportuno, é importante ressaltar que a partir dessa concepção intermediária, pode-se visualizar três conceitos distintos com uma clareza maior, conforme antecipado de forma objetiva anteriormente, no início deste item. Segundo importante análise realizada por Horta sobre as leis penais em branco, o primeiro conceito consiste nos elementos normativos da lei penal, que possuem como sua principal característica a condição de “só se poderem conceber desde o pressuposto lógico de uma ou mais normas”³⁸. Os elementos normativos do tipo não se prestam a concretizar a norma penal, nem a conferir ao tipo penal algum juízo antecipado sobre a ilicitude da conduta, sendo mais relevantes quanto ao âmbito interpretativo de circunstâncias secundárias do tipo penal. Os elementos em branco da lei penal, por outro lado, referem-se a imperativos externos à lei penal, cuja inobservância compõe o injusto penal e concede um sentido ao tipo penal correspondente, consubstanciando a norma penal subjacente. Em outros termos, o elemento em branco da lei penal depende diretamente da norma de complementação para que seja compreendido dentro da figura típica descrita na lei penal incriminadora³⁹. No que tange aos elementos de valoração global do fato, estes realizam, em essência, a antecipação do juízo material de ilicitude em uma configuração específica, vinculada com as características do caso concreto, integrando-o no tipo penal. Dessa forma, os elementos de valoração global do fato se diferenciam substancialmente das leis penais em branco pois nelas o elemento complementar não determina um juízo de ilicitude, mas sim de tipicidade, geral e abstrato, que integra e completa a norma penal⁴⁰, sendo assim, compatíveis com possíveis causas de justificação. Nos elementos de valoração global do fato, o juízo é de ilicitude e, conforme já indicado, vincula-se estritamente às circunstâncias do caso concreto.⁴¹

³⁸ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 93-94.

³⁹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 112.

⁴⁰ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 115.

⁴¹ Assim também é o posicionamento de Roxin, embora partido de premissas distintas no que se refere à concepção de lei penal em branco adotada: “*No obstante, la adscripción al tipo de todas las circunstancias que fundamentan la reprochabilidad pone de relieve una peculiaridad que distingue el criterio de la reprochabilidad de otros elementos del tipo: se trata de un "elemento de valoración global del hecho", en cuanto que la reprochabilidad*

Retornando ao que concerne às leis penais em branco, destaca-se que a característica de que elas dependem da norma complementar para que a própria norma penal seja configurada é, talvez, a mais marcante, havendo interdependência direta entre elemento em branco e norma de complementação. Isso não ocorre nos elementos normativos do tipo, que carregam o conteúdo de injusto em si e não dependem da complementação para consubstanciar a norma penal, muito embora outras normas ou elementos interpretativos possam direcionar de forma mais precisa a configuração da elementar típica. Para que a diferença fique ainda mais clara, vejamos o tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que tipifica: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Nesse tipo penal, tem-se que o elemento “drogas” é um elemento normativo do tipo, pois seu sentido pode ser apreendido sem a necessidade de remissão a uma norma complementar: a norma complementar, nesse caso, apenas molda, direciona o sentido de um termo que, por si, possui significado. Situação diferente pode ser constatada no trecho “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, que se trata de um elemento em branco da lei penal. Nesse trecho, não há qualquer significado apreensível imediatamente no tipo: todo o conteúdo da proibição reside na norma complementar. Dessa forma, em termos mais flexíveis, pode-se afirmar que nas leis penais em branco há uma vinculação com o elemento ao qual faz remissão muito mais intensa e interdependente do que os elementos normativos do tipo penal e, ao mesmo tempo, sua modificação é muito mais flexível que a dos elementos de valoração global do fato, pois a complementação do significado destes se restringe ao âmbito penal, tendo em vista que o juízo material de ilicitude é realizado em um caso concreto no qual já existem elementos para afirmar a caracterização de outros elementos do tipo penal. De todo modo, pode-se concluir que a partir da modificação do elemento de complementação extrapenal, a consequência necessária é a alteração do conteúdo proibitivo inerente à lei penal em branco.

2.3. Lei penal em branco quanto à fonte formal da norma de complementação

Em meio aos estudos sobre as leis penais em branco, é possível questionarmos se existe alguma diferença entre as leis penais em branco no que se refere à fonte formal das normas que complementam seu elemento em branco. Trata-se de buscar respostas sobre quais são as fontes

de la acción coactiva del autor no sólo designa el injusto típico, sino simultáneamente también el concreto injusto de las coacciones del caso particular.” ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 299.

formais dessas normas, se elas podem ser apenas emanadas de uma instância normativa inferior ou se também podem ser emanadas de uma mesma instância legislativa que a lei penal (lei ordinária), e em que medida isso afeta o conteúdo das leis penais em branco, possuindo relevância a ponto de se justificar alguma distinção. Sobre o aspecto citado, duas principais correntes doutrinárias podem ser constatadas, uma restritiva e outra ampla, como abordaremos adiante.

2.3.1. Concepção ampla e a ausência de distinção entre as fontes formais

Em primeiro lugar, destaca-se a concepção ampla, que foi desenvolvida para propugnar, exatamente, que é irrelevante o fato de que a origem formal do ato normativo de complementação seja uma lei em sentido formal ou meramente um ato administrativo. As duas formas de originação dos elementos são consideradas compatíveis com as leis penais em branco, podendo igualmente se direcionar à complementação e à configuração da norma penal. Essa concepção é predominante na doutrina brasileira e pensamos ser, de fato, a mais adequada na abordagem das fontes formais das instâncias normativas dos complementos das leis penais em branco, conforme antecipado no item anterior. Uma descrição essencial sobre a referida concepção pode ser encontrada na obra de Horta, que afirma serem leis penais em branco não somente as que tenham como seus complementos normas de instâncias normativas diversas, mas também as que façam remissão a outra lei em sentido formal, que assim como os tipos penais resulte do processo legislativo federal⁴², inclusive podendo ter natureza jurídica de lei ordinária. Portanto, a concepção ampla propõe exatamente o que foi antecipado nas críticas acima: as normas complementares às leis penais em branco podem advir de qualquer fonte normativa.

Em outras palavras, no estudo das leis penais em branco deve-se considerar como ínsitos a seu conceito tanto as normas de complementação que tenha origem formal idêntica da lei penal incriminadora – promulgada a partir do processo legislativo federal, em regra com natureza de lei ordinária – como aquelas que tenham origem formal distinta, como atos administrativos que sejam provenientes do Poder Executivo. Uma descrição também muito completa da concepção ampla quanto às fontes das normas de complementação pode ser constatada na obra de Bruno, para quem “o dispositivo que complementa a lei em branco pode estar contido na mesma lei penal, ou provir do mesmo órgão legislativo ou de ato de autoridade

⁴² HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 105-106.

diferente”, e o autor afirma, ainda em relação às normas de complementação, que “pode ser outra lei da mesma fonte donde emanou a lei penal, ou leis ou regulamentos originários de outros poderes”⁴³.

Na obra de Bitencourt também é possível verificar a utilização dessa concepção, assim como referências a outros setores da doutrina que também utilizam a concepção ampla⁴⁴. Nessa obra, é possível verificar novamente os dois conceitos utilizados para distinguir as leis penais em branco quanto às suas fontes: leis penais em branco em sentido estrito, também chamadas de heterólogas, cuja fonte formal da norma de complementação é distinta daquela em que está contido o elemento de complementação e; leis penais em branco em sentido amplo, chamadas também como homólogas, nas quais a norma de complementação deve ser proveniente de uma mesma fonte que origina o elemento em branco da lei penal⁴⁵. Embora já tenha sido expressa a discordância quanto a essa classificação, é possível verificar que mesmo para os autores que a acolhem, em última análise, estão a adotar uma concepção ampla da lei penal quanto à fonte formal da norma de complementação, pois admitem que em ambos os casos, tanto de leis penais em sentido amplo, como em sentido estrito, está-se tratando de leis penais em branco.

Também é indispensável destacar os apontamentos de Souto, para quem as leis penais em branco podem fazer remissão aos mais diversos atos normativos, inclusive destacando que essa remissão pode ser dirigida a instrumentos internacionais, como disposições extrapenais da União Europeia que busquem fomentar um Direito Penal europeu comum, posicionamento que é compartilhado especialmente por autores que estado sistemas jurídicos europeus⁴⁶. Ou seja, também nesse caso considera-se haver uma aceitação ampla sobre as fontes formais das normas complementares que são objeto da remissão realizada pelas leis penais em branco.

Conforme é possível observar, trata-se de uma concepção que é amplamente aceita na doutrina brasileira, possivelmente pelas razões acima indicadas, dentre as quais pode-se indicar uma principal: como as leis penais em branco dependem igualmente de uma remissão, não há motivo para excluir dessa classificação as normas complementares por meio de uma distinção referente à sua fonte formal. Dessa forma, a modificação em elementos de complementação de origens formais distintas terá efeitos idênticos na lei penal em branco, pois caso não fosse dessa forma, o dispositivo sequer poderia ser considerado em branco – rememorando, apenas tem-se

⁴³ BRUNO, Aníbal. **Direito...**, p. 191.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 422.

⁴⁵ Sobre o tema em exame, vide o trabalho: ALFLEN, Pablo Rodrigo. **A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. v.36, 2008.

⁴⁶ SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes penales en blanco*. **Nuevo Foro Penal**, n. 68, 2005, p. 26. De forma semelhante, é possível verificar o posicionamento indicado neste trabalho em: CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español: parte general, I, introducción*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 193.

como reconhecida uma lei penal em branco pela dependência que tem quanto à remissão. Logo, qualquer que seja a fonte formal das instâncias normativas complementares, isso não afetará a classificação de um dispositivo como lei penal em branco.

Não menos importante, vale apontar que mesmo adotando-se nesse trabalho a concepção ampla, no quarto caso apontado na introdução do trabalho, temos um exemplo de lei penal em branco mesmo se adotada a concepção restritiva. O art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/1991, mencionado no caso, seria uma lei penal em branco em sentido estrito ou heteróloga. O ato normativo que complementa a lei penal em branco é uma Resolução da Agência Nacional do Petróleo. Trata-se, portanto, de um ato normativo da seara extrapenal, oriundo de agência reguladora, que compõe a administração pública indireta, ou seja, um ato administrativo que não se consubstancia em uma lei em sentido formal. Nesse sentido, o dispositivo citado no caso hipotético e imputado ao indivíduo D seria considerado uma lei penal em branco mesmo para a concepção restritiva. Feitos esses esclarecimentos sobre as leis penais em branco e sua classificação quanto à fonte formal das normas de complementação, há ainda um aspecto que merece atenção no presente debate, que consiste no âmbito material dessas normas.

2.3.2. Concepções restritivas e limitação das fontes formais às normas hierarquicamente inferiores

Para a concepção restritiva, as fontes formais do elemento de complementação das leis penais em branco devem estar restritas ao âmbito extrapenal, ou seja, emanadas de uma instância normativa inferior, não sendo leis em sentido formal. Em outras palavras, essas normas podem ser decretos, portarias, regulamentos ou diversos outros atos administrativo-normativos, mas não podem advir de leis que emanam da mesma instância legislativa daquelas de caráter penal (leis ordinárias). Como exemplo dessa concepção pode-se citar Tiedemann, que qualifica as leis penais em branco em sentido amplo como todos os tipos penais abertos que não contêm inteiramente a ação ou o conteúdo da proibição e se encontram, por conseguinte, necessitados de complementação. Adiante, o autor indica que essa complementação pode ocorrer de diversas formas, mas que as leis penais em sentido estrito apenas ocorreriam quando a complementação fosse procedida por uma norma extrapenal, como um regulamento administrativo⁴⁷.

⁴⁷ Nesse sentido: TIEDEMANN, Klaus. *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan/mar. 2002, p. 73-74.

Também compartilham dessa concepção Jescheck com Weigend⁴⁸ e Binding⁴⁹, que não admitem que esses elementos tenham como fonte formal a legislação penal propriamente dita. Entretanto, não é essa concepção a mais acertada, apesar das autorizadas posições em sentido contrário. Isso, porque a distinção quanto à fonte formal e sua restrição a fontes legislativas de instâncias diversas da lei penal beira a irrelevância em termos de consequências para o exame das leis penais em branco e, além disso, inconveniente, pois independentemente de sua fonte formal, as leis penais em branco continuam dependendo de elementos externos para integrarem seu significado. Dessa forma, ao excluir das fontes formais leis de natureza idêntica à penal, a concepção em exame redundaria em excluir do debate específico sobre as leis penais em branco uma parte relevante de dispositivos, ainda que pudessem ser considerados elementos normativos do tipo, ou incluídos em outra categoria. A crítica é compartilhada por Horta, para quem não é possível vislumbrar uma “necessidade epistemológica” de restringir a classe das leis penais em branco àquelas que realizam remissão a normas de distintas fontes formais. Inclusive, destaca o autor que essa restrição se mostraria inconveniente para o debate sobre o erro quanto aos elementos em branco das leis penais, que seriam erro de tipo, enquanto o erro sobre outros elementos, como os normativos, seriam apenas erro de proibição e, dessa forma, a desconsideração de uma das categorias de leis penais – em sentido amplo ou estrito – poderia configurar uma limitação arbitrária ao objeto de análise das leis penais em branco.⁵⁰

Neste trabalho, compartilha-se a crítica acima indicada. Voltando ao que fora debatido no item anterior, o cerne do conceito de lei penal em branco consiste no fato de que são leis que não têm seu significado completo sem um elemento de complementação, ou seja, sua essência é a remissão a um ato normativo distinto da lei penal incriminadora para consubstanciar todo o conteúdo proibitivo existente. Se esse é o elemento central, então não há razão em distinguir os elementos de complementação quanto à sua fonte formal, pelas razões anteriormente indicadas, especialmente considerando a irrelevância prática da distinção.

Apenas como outro exemplo das consequências dessa concepção, vejamos o problema da retroatividade dos efeitos da revogação do elemento de complementação da lei penal em branco. Em ambos os casos, seja a fonte formal uma instância legislativa do mesmo nível da lei penal (lei ordinária) ou de instância diversa (portaria, decretos, dentre outros), a revogação do

⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002. Título original: Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil. 5 vollständig neubearb. erw. Aufl. Berlin: Dunker u. Humblot, 1996, p. 188.

⁴⁹ BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Traducción directa del alemán por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires – Montevideo: Editorial IB de F, 2009., *apud* HORTA, Frederico G. de A. **Elementos...**, p. 101.

⁵⁰ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 103-104.

elemento implicaria necessariamente à ausência de sentido da lei penal em branco, culminando em um dispositivo próximo à tautologia. Vale esclarecer que por tautologia não se defende que a lei incriminadora perca a vigência com a revogação da norma complementar, visto que o tipo penal continuará vigente. Contudo, a revogação da norma complementar impede que se extraia qualquer norma penal – a qual apenas pode ser verificada no conjunto do tipo penal e de seu respectivo complemento. Assim, à medida que outro complemento seja publicado, será possível extrair uma norma penal desse conjunto, retomando sua incidência às condutas praticadas após a vigência da nova norma de complementação.

Como exemplo, destaca-se o tipo penal do art. 2º da Lei n. 1.521/1951, que proíbe a conduta específica de “transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes”. O elemento “por preço superior ao tabelado” evidentemente consiste em uma lei penal em branco, pois não compõe nenhum sentido de proibição isoladamente: a verificação do preço em uma tabela é indispensável para consubstanciar a norma penal⁵¹. A partir do exemplo, é possível questionar se a tabela de preços deveria estar necessariamente prevista em norma emanada por instância legislativa diversas (não ser lei em sentido formal) para ser considerada uma lei penal em branco, como proposto pela concepção que está abordada neste item. A resposta, contudo, apenas pode ser negativa, pois não fará qualquer diferença, para a configuração da norma penal, se a tabela de preços for publicada em um ato legislativo ou administrativo: em ambos os casos, a relação de interdependência existirá entre o elemento em branco e a norma complementar. Sendo assim, essa revogação afetaria da mesma forma os complementos, não havendo razão para em distingui-los a partir de sua fonte formal e, ainda menos, para excluir aqueles que possuem essa fonte formal em leis formalmente ditas (como são as leis penais).

2.4. Lei penal em branco e o âmbito material da norma de complementação

Além de sua classificação quanto às fontes formais dos elementos que complementam o elemento em branco da lei penal, também é possível investigarmos as leis penais em branco

⁵¹ Diferentemente seria, por exemplo, se esse elemento do tipo descrevesse “por preço excessivo”, pois nesse caso haveria alguma possibilidade de extração de sentido independentemente de complementação por outro dispositivo. Nessa hipótese, a expressão seria um elemento normativo do tipo penal, e não um elemento em branco, já que não teria o caráter tautológico indicado anteriormente.

a partir do âmbito material da norma de complementação, ou seja, se elas são de caráter penal ou extrapenal. Parte desse debate, de algum modo, já chegou a ser antecipado no item anterior, pois para os partidários da concepção de que as fontes formais devem ser restritas à legislação extrapenal, a análise que se faz não é exatamente sobre a fonte, mas sim sobre o âmbito material da norma analisada. A despeito disso, a distinção é relevante, pois para examinar a fonte, não importa se a norma complementar é de natureza penal ou extrapenal, mas se ela advém do processo legislativo emanado pelo Congresso Nacional ou por algum outro tipo de exercício do poder normativo pelo Estado que também seja considerado fonte formal⁵². Neste item, tem-se a análise oposta: trata-se de analisar, independentemente da fonte formal, se essa norma poderia ser materialmente penal, extrapenal ou ambas as hipóteses.

De qualquer forma, os posicionamentos que utilizam a concepção restritiva quanto à fonte formal das normas complementares, no sentido de que os elementos de complementação devem ser apenas extrapenais, se omitem da discussão sobre se esse âmbito material analisado tem ou não alguma distinção relevante entre os complementos e, se ela existir, sobre se a citada distinção apresenta alguma relevância para o estudo das leis penais em branco. Para que não restem dúvidas, vale indicar, o debate abordado neste item não se limita à investigação sobre quais podem ser as fontes formais dos elementos de complementação, mas se, independente da fonte formal da qual são oriundos, esses elementos devem ser necessariamente leis penais – ainda que não incriminadoras – ou extrapenais. Evidentemente, se os partidários da concepção restritiva acima indicada compreendem como sinônimos a fonte formal e o âmbito material dos elementos de complementação⁵³, indicando que apenas podem ser complementos normas que sejam extrapenais, para os defensores dessa concepção não há forma alguma de acolher o posicionamento de que os complementos podem ser penais, sendo os complementos analisados em uma perspectiva material, apenas e necessariamente de caráter extrapenal.

Sobre o âmbito material da norma de complementação, devemos concordar com a dita parcela específica do posicionamento acima descrito, que não depende da adoção da concepção restritiva, a despeito de entendimento de autores como Mezger, para os quais o complemento da lei penal em branco poderia ser uma norma de natureza penal, inclusive se estiverem contidos na própria lei na qual se encontra expressamente registrada a lei penal em branco⁵⁴. De qualquer

⁵² GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 13ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 154.

⁵³ TIEDEMANN, Klaus. *La ley...*, p. 73-74.

⁵⁴ Nesse sentido, Mezger indica que as leis penas em branco são todas aquelas que dependem de uma remissão a complementos que se encontram fora delas, sendo que as leis penais em branco em sentido amplo podem fazer remissão a complementos que estão contidos na própria lei penal. MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Pellegrini, 1958, p. 154.

modo, isso significa que, ainda que não se adote uma concepção restritiva, considera-se que uma lei penal em branco apenas pode ser complementada por uma norma de caráter extrapenal. A concordância se justifica, nesse caso, pois ao contrário da distinção quanto às fontes formais dos elementos de complementação – a qual, conforme afirmado, não tem consequências que a justifiquem –, seu âmbito material pode trazer conclusões diversas. Isso, porque caso contrário, estaríamos diante de uma lei penal que apenas faz referência a outra para ter seu significado alcançado, o que não consistiria em uma lei penal em branco, mas sim uma remissão total a outra lei, ou seja, tratar-se-ia o complemento, na realidade, de um tipo penal com conteúdo proibitivo próprio, e a lei penal remetente sequer poderia ser considerada um tipo penal.

Sobre o tema, Horta destaca que comumente ocorre a situação na qual uma lei penal faz remissão a outra lei penal, como para determinar a hipótese de incidência a partir dos elementos determinantes de outro tipo penal ou para fazer ser aplicada a subsidiariedade expressa, ou seja, quando há orientação ou condicionamento de sua aplicação a partir de uma verificação sobre se poderia haver incidência de tipo penal mais grave. Em nenhuma dessas hipóteses, afirma o autor, essa remissão teria como finalidade a determinação da norma correspondente à lei penal incompleta, já que não haveria motivo para buscar essa complementação em outro tipo penal, de modo que “Uma lei penal que buscasse em outra o próprio preceito seria a inútil repetição da lei penal complementar, a menos que lhe modificasse a pena prevista ou previsse uma forma qualificada do crime definido naquela”⁵⁵.

Em sentido semelhante é o posicionamento de Doval Pais, reconhecendo que desde uma visão funcional que deve ser aplicada no que concerne ao tratamento das leis penais em branco, deve acolher-se uma concepção relativamente ampla e entender que cabe denominar como leis penais em branco tanto os casos de remissões a leis como a regulamentos, ainda que as normas remetidas sempre tenham que ter uma natureza extrapenal. Por isso, o autor descarta a possibilidade de que as leis penais em branco sejam complementadas por meio de remissões internas, por meio de outras leis penais, já que nesse caso o que ocorreria é a configuração de outro tipo penal no próprio dispositivo a que o elemento remetente se refere.⁵⁶

Também sustenta essa posição Muñoz Conde, o qual argumenta que “se existe alguma razão pela qual o legislador não consigna o preceito incriminador de uma norma penal dentro da própria norma penal, ela não é outra que a seguinte: a conduta que constitui o preceito que se refere à norma penal em branco está estreitamente relacionada com outros ramos do Direito,

⁵⁵ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 106.

⁵⁶ DOVAL PAIS, Antônio. **Posibilidades...**, p. 118 *apud* HORTA, Frederico G. de A. **Elementos...**, p. 107.

de finalidades e alcances diferentes da norma penal”⁵⁷. Ou seja, segundo o autor, se por acaso fossem incluídas essas condutas na própria redação de uma lei penal, seria necessário que fosse constantemente atualizada a própria lei penal, não tendo qualquer sentido a proibição por meio de uma lei penal em branco, já que sua complementação dependeria do âmbito penal.⁵⁸

De fato, admitir que a lei penal em branco pode ser complementada por outra lei penal significa abandonar o conceito de lei penal em branco, é um contrassenso intrínseco ao conceito de lei penal em branco. Apenas como exemplo, pode-se citar a situação na qual uma lei penal descreva que a mesma pena é aplicada no caso da prática de uma determinada conduta distinta daquela que prevê em seu texto. Ora, trata-se de uma mera remissão a outra lei penal, não sendo determinante qualquer complexidade em sua definição. Se o agente errar quanto a essa lei que é referida, a lei que fez a referência não será afetada de modo algum, e se a lei referida for, por exemplo, revogada, todas as consequências do Direito Penal temporal poderão ser aferidas por meio da simples análise da retroatividade das disposições da lei referida.

Portanto, assim como a conclusão alcançada acima por Horta, uma lei penal que faça a remissão a uma outra lei penal não pode sequer ser considerada lei penal em branco. Admitir a utilização dessa concepção poderia inverter toda a lógica do estudo das leis penais em branco e, por isso, teria consequências indesejáveis para a investigação sobre a aplicação das leis penais em branco na dogmática, já que a discussão perderia precisão técnica e levaria os estudos para figuras típicas autônomas que apenas seriam referidas por outras leis penais. O melhor caminho, portanto, é assumirmos que toda a complexidade envolvendo leis penais em branco apenas se faz presente quando o elemento de complementação é extrapenal e que, assim, sua definição exige que o âmbito material da norma de complementação seja extrapenal.

De forma semelhante, Morales argumenta que não faria sentido incluir como lei penal em branco aquelas que fizessem remissão a uma norma complementar materialmente de Direito Penal, já que nesse caso o conceito se confundiria com aquele das leis penas incompletas – que, na visão de Puppe, seriam meras remissões entre preceitos –, o que retiraria a precisão do termo utilizado para o debate⁵⁹. Com essa crítica, a autora também sustenta uma concepção segundo a qual a norma complementar deve necessariamente ser extrapenal e não deve ser materialmente idêntica às leis penais, visando à maior precisão conceitual.⁶⁰

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, p. 50.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, p. 50.

⁵⁹ MORALES, Sandra Eugenia Zúñiga Morales. *Cuando...*, p. 163.

⁶⁰ MORALES, Sandra Eugenia Zúñiga Morales. *Cuando...*, p. 163.

Esse posicionamento é compartilhado por Souto, que expressamente afirma não incluir em sua concepção de leis penais em branco as remissões a outras normas contidas no próprio âmbito penal⁶¹, pois nesse caso não se estaria diante de uma remissão característica das leis penais em branco, mas sim de leis penais incompletas: essa concepção levaria, em última análise, à impossibilidade de distinguir as leis penais em branco das leis penais incompletas ou até mesmo daquelas que são completas, mas que preveem elementares típicas em artigos diversos do Código Penal⁶². É também pertinente a observação de Quintero Olivares, para quem o Código constitui expressão normativa singular, que não tolera uma consideração limitada a uma de suas passagens⁶³ e que, portanto, uma remissão interna e restrita ao âmbito penal não caracterizaria uma lei penal em branco, mas a integração da totalidade do Código.

Vale apontar, ainda, que é plenamente compatível adotar uma concepção ampla quanto à fonte formal juntamente da concepção aqui defendida sobre o âmbito material dos elementos de complementação da lei penal. Afinal, assumir que um elemento de complementação pode se originar do processo legislativo no Congresso Nacional não significa que admitir que ele será necessariamente penal. Por óbvio, uma lei ordinária – fonte formal – pode dar origem a qualquer elemento de complementação, desde que não seja penal. Como exemplo, uma lei do âmbito do Direito Administrativo pode definir elementos de complementação de uma lei penal em branco que dependa desses elementos, pois embora a fonte formal seja idêntica, seu âmbito material é plenamente compatível com o que se defende neste artigo, qual seja, o caráter extrapenal. Dessa forma, fica ainda mais evidenciado o que se pretende classificar como complementos de uma lei penal em branco: são os elementos extrapenais aos quais as leis penais em branco se referem, oriundos de quaisquer fontes jurídicas formais.

Ainda no que se refere ao debate realizado neste item, vale apontar que o quarto caso descrito na introdução do trabalho também pode ser analisado sob a perspectiva do âmbito material de seu elemento de complementação. Voltemos ao caso, para que sua apreciação fique mais evidente: O indivíduo D, proprietário de um posto de gasolina, foi denunciado pelo crime do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/1991, de “adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, por não ter mantido uma amostra-testemunha do combustível vendido no posto, visível ao todo

⁶¹ SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes...*, p. 18-19.

⁶² SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes...*, p. 19.

⁶³ Nesse sentido, vide a seguinte obra desse autor citado: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho penal: parte general*. 3 ed. Aranzadi: Cizur Menor, 2002, p. 60.

o público, conforme era exigido pelo a Resolução n. 44/2013 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Ocorre que, posteriormente, a Resolução da Agência Nacional do Petróleo, que estabelecia essa exigência, foi revogada pela Resolução n. 898/2022, deixando de haver a exigência de manutenção da amostra-testemunha acessível ao público, mantendo-se apenas a exigência de armazenamento em envelope de segurança, com a finalidade de controle da qualidade do combustível, podendo o controle ser efetivamente realizado por outros meios, como o preenchimento do Registro de Análise e Qualidade.

Pois bem. Esse caso evidentemente envolve uma lei penal em branco. Seu elemento em branco é o trecho “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, o que significa que a lei penal em análise depende do elemento de complementação ao qual faz remissão. É também claro que o elemento de complementação citado na primeira parte do caso – Resolução da Agência Nacional do Petróleo – preenche as duas classificações trabalhadas neste artigo, de ser oriundo de qualquer fonte normativa formal e de ter âmbito material extrapenal. Também o elemento de complementação posterior à revogação da Portaria preenche as duas classificações, sendo oriundo de fonte normativa formal e de âmbito material extrapenal. Portanto, é viável a apresentação da resposta realizada na introdução do trabalho, para afirmar que o caso em exame versa sobre uma lei penal em branco e seus elementos de complementação. A partir disso, pode-se questionar quais são as consequências jurídicas da modificação desses elementos, o que pode ser objeto de futuras e necessárias investigações na dogmática penal.

2.5. Breve digressão sobre as críticas direcionadas às leis penais em branco

Como apontado anteriormente, a característica fundamental das leis penais em branco é a indispensabilidade da norma complementar para que seja apreendido o conteúdo do injusto, praticamente delegando a atos normativos diversos, inclusive administrativos, o ônus de criar o dispositivo que será determinante para consubstanciar a norma penal. Por essa razão é que há diversos autores que argumentam serem as leis penais em branco causa de insegurança jurídica, questionando-se até mesmo sua constitucionalidade. Como exemplo, em nossa ordem jurídica, pode-se citar Moura, para quem as leis penais em branco ferem o princípio da legalidade estrita, já que possibilitam que decretos, portarias e outros atos normativos, essencialmente, instituem crimes e cominem penas. Segundo o autor, as leis penais em branco abrem amplos espaços de discricionariedade ao Poder Executivo, que é mais suscetível a pressões políticas e à opinião

pública, levando à publicação de normas atécnicas e levando, em última análise, a um Direito Penal de exceção e à absoluta insegurança jurídica.⁶⁴

Em sentido semelhante, Muñoz Conde e García Arán esclarecem que os problemas que envolvem as leis penais em branco, no que concerne ao princípio da legalidade, se originam na remissão que o elemento em branco realiza a uma disposição de estrato inferior ao da própria lei penal, que geralmente é um regulamento. Nessas hipóteses, os autores afirmam que parte da definição da conduta está contida em uma disposição que, complementando a lei penal, não foi imposta pelo Poder Legislativo, o que pode resultar na violação à reserva legal e, sobretudo, na reserva de lei material que afeta as leis penais⁶⁵. Na perspectiva de nosso ordenamento jurídico, se a lei penal incriminadora apenas pode advir de um diploma legal com status de lei ordinária emanado do Congresso Nacional, deixar o conteúdo da incriminação a cargo de uma instância normativa inferior, como um regulamento, poderia ser compreendido como violação direta ao princípio da legalidade, expressamente previsto na Constituição da República de 1988.

As críticas às leis penais em branco também são acompanhadas por Hassemer – junto de Muñoz Conde –, segundo o qual “um perigo também inerente à essa informalização é uma tendência às leis indeterminadas, utilizando conceitos vagos ou deixando na penumbra limites entre criminalização e descriminalização”, sendo que isso deixaria totalmente nas “mãos do Juiz a responsabilidade final de punir dentro de uma ampla discricionariedade”.⁶⁶

Por outro lado, Lara assume que há algum espaço de legitimidade para as leis penais em branco, mas indica que as leis penais em branco deveriam necessariamente ter alguns requisitos observados, especialmente os seguintes: que a lei incriminadora contenha um núcleo central da conduta punível, que realize uma remissão expressa à norma de destino e que, por fim, seja o preceito complementar claro, satisfazendo a constitucionalidade no que tange, especialmente, ao princípio da legalidade⁶⁷. Especificamente no que concerne à legalidade, Lara indica que se trata de uma garantia constitucional ou um direito fundamental, que somente poderia ser afetado ou regulado por lei⁶⁸. De forma semelhante, argumenta Morales que as leis penais em branco, para serem consideradas constitucionais, devem: descrever um núcleo central de proibição com uma máxima exigência, com todos os elementos objetivos e subjetivos possíveis; devem conter,

⁶⁴ Vide: MOURA, Grégore Moreira de. **Reflexões sobre a norma penal em branco e o princípio da legalidade**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Publicado em mar. 2004.

⁶⁵ Nesse sentido, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 112.

⁶⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 22.

⁶⁷ LARA, Álvaro Roberto Delgado. *Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Ars Boni et Aequi*, ISSN 0718-2457, ISSN-e 0719-2568, Vol. 8, N° 2, 2012, p. 280.

⁶⁸ LARA, Álvaro Roberto Delgado. *Las leyes...*, p. 285.

expressamente, a sanção e uma justificava plausível para a remissão fundamentada na necessidade especial da proteção de um bem jurídico; uma justificativa para a excepcionalidade do formato de proibição empregado, também vinculada à proteção do bem jurídico.⁶⁹

Ambas as posições acima indicadas contradizem o que foi sustentando neste trabalho, visto que buscou-se indicar que as leis penais em branco não contém sequer o núcleo proibitivo, dependendo totalmente da norma complementar. Ou seja, este trabalho indica que as leis penais em branco são necessariamente aquelas que esses autores considerariam inconstitucionais, por não terem qualquer conteúdo proibitivo autônomo. Ainda assim, trata-se de duas interessantes concepções que estabelecem requisitos para a constitucionalidade das leis penais em branco.

De qualquer forma, a despeito das referidas críticas, as leis penais em branco tornaram-se uma realidade nos sistemas penais contemporâneos, inclusive no sistema jurídico brasileiro e em outros ordenamentos ao redor do mundo. Como exemplo do sistema jurídico espanhol, é de se destacar a posição de Souto, para quem as leis penais em branco são um instrumento necessário para evitar a petrificação ou o aniquilamento da lei, sendo preferíveis aos elementos descritivos, normativos ou a definições legais dos tipos penais⁷⁰. Isso, pois as leis penais em branco permitem maior interdisciplinaridade em sociedades complexa, além de garantirem uma maior flexibilidade para que os tipos penais acompanhem as mudanças fáticas da sociedade⁷¹.

Ainda assim, Souto registra a crítica de que a despeito de serem uma realidade, as leis penais em branco dão origem a uma série de problemas complexos e delicados, causando certos riscos em sua aplicação que levam à necessidade de observância constante de princípios como da legalidade, da segurança jurídica e da divisão de poderes⁷². Segundo o autor, as leis penais em branco devem detalhar com cuidado a quem competirá a norma complementar e quais são os limites da remissão, além de que a lei penal em branco deve conter um núcleo essencial da proibição, ainda que incompleto⁷³. Dessa forma, Souto reúne os critérios indicados na figura do “princípio da justificação da remissão ao estritamente necessário”, o qual proíbe que algumas remissões totalmente ambíguas e indeterminadas sejam realizadas pelas leis penais⁷⁴.

⁶⁹ MORALES, Sandra Eugenia Zúñiga Morales. *Cuando...*, p. 170.

⁷⁰ SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes...*, p. 20.

⁷¹ SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes...*, p. 20-21. Em sentido semelhante, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho...*, p. 38-39.

⁷² SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes...*, p. 21-22. Especificamente quanto ao problema das leis penais em branco e a segurança jurídica, vide o seguinte artigo: GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales em blanco y estructura de la norma penal. Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1993, p. 82.

⁷³ SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes...*, p. 22.

⁷⁴ SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes...*, p. 24. Sobre essa proibição e sua importância na aplicação das leis penais em branco, vide: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso...*, p. 153.

Há autores que defendem a legitimidade das leis penais em branco, como Silva Sánchez, que afirma: “as leis penais em branco, sempre constituam figuras subsidiárias, necessárias por razões de proteção, carentes de alternativas preferenciais, e limitadas à remissão de aspectos não essenciais do tipo, tampouco vulneram o princípio de legalidade nem a competência exclusiva do Estado em matéria penal”⁷⁵. Justificando sua posição, o autor afirma que nessas leis penais, “o Estado faz uso de sua competência, limitando-se a remeter as questões concretas para a instância que, por sua proximidade com o problema, está mais capacitada para valorá-lo e dar-lhe uma resposta satisfatória”⁷⁶. Embora seja clara a legitimidade sustentada pelo autor, vê-se que ele exclui de seu argumento aquelas leis penais em branco cujo complemento integra o conteúdo do injusto, conforme debatido anteriormente neste trabalho.

Consistindo as leis penais em branco em uma realidade, a delimitação conceitual acima realizada é de suma importância, especialmente por duas razões: inicialmente, com o objetivo de aprimorar o debate e trazer maior precisão nos conceitos utilizados, para que a complexidade do tema seja reduzida e, por conseguinte, que se torne viável a exclusão do objeto do debate de elementos que não são em branco, mas que são elementos normativos do tipo ou elementos de valoração global do fato; além disso destaca-se a finalidade de buscar maior segurança jurídica, que é um dos principais objetivos da dogmática penal⁷⁷, e que apenas pode ser efetivada quanto às leis penais em branco se partirmos de certos pressupostos conceituais.

2.6. Síntese da abordagem e conclusões intermediárias

Nos itens anteriores do primeiro capítulo do presente trabalho, foi possível observar, inicialmente, que o Direito Penal utiliza uma técnica legislativa peculiar, que consiste no fato de que o imperativo cuja existência é indispensável para a aplicação da pena – sanção –, que é também denominada como norma penal, é sempre implícito na lei penal incriminadora.

O que resulta na aplicação da sanção é agir exatamente conforme o tipo penal – e, ainda, de forma ilícita, com culpabilidade e punibilidade – e, ainda, agir violando a norma penal, que é o imperativo de proibição que manifesta a vontade do Estado e que, nos casos de leis penais em branco, apenas pode ser encontrada no conjunto entre a lei incriminadora e o complemento.

⁷⁵ Nesse sentido, vide a obra: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *¿Competencia indirecta de las comunidades autónomas en materia de Derecho penal?* Madrid: La Ley, 1993, p. 978.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *¿Competencia...*, p. 978.

⁷⁷ Especificamente sobre a segurança jurídica e a dogmática penal, vide: SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática**: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 89.

Além disso, esclareceu-se que se a lei penal incriminadora, promulgada na forma de tipo penal, tem um elemento em branco dentre seus elementos objetivos, a apreensão e a existência da norma penal dependem da complementação desse elemento, exceto que tal complementação se caracterize como mero requinte, dispensável ao conteúdo da proibição.

Não obstante, leis penais em branco não se restringem apenas àquelas que formalmente fazem remissão a outro diploma normativo por meio do elemento em branco, nem àquelas que realizam essa remissão por meio de uma forma determinada de praticar a conduta. Ou seja, são todas aquelas cujo significado não pode ser direta e imediatamente alcançado sem a verificação ato normativo complementar extrapenal ao qual se reportam.

Foram expostas, ainda, as razões pelas quais se deve excluir desse conceito os elementos de valoração global do fato, cuja análise se restringe à ilicitude, e os elementos normativos do tipo penal, que exigem juízos interpretativos distintos de uma remissão e cujo sentido pode ser apreendido, ainda que parcialmente, sem observar a norma de complementação.

Demonstrou-se que as leis penais em branco têm uma vinculação com o elemento ao qual faz remissão muito mais intensa que os elementos normativos da lei penal e, ao mesmo tempo, sua modificação é muito mais flexível que a dos elementos de valoração global do fato, pois a complementação do significado destes se restringe ao âmbito penal.

Sobre as fontes formais do elemento de complementação, a concepção ampla, adotada neste trabalho, propugna exatamente que é indiferente o fato de que a origem formal do ato normativo de complementação seja uma instância normativa idêntica ou diversa daquela da lei penal. As duas formas de originação dos elementos são consideradas compatíveis com as leis penais em branco. Essa é a concepção predominante na doutrina brasileira, e foram expostos os motivos pelos quais é a mais adequada na abordagem das fontes formais dos complementos.

No estudo das leis penais em branco deve-se considerar como ínsitos a seu conceito tanto as normas de complementação que tenha origem formal idêntica à lei penal incriminadora – promulgada a partir do processo legislativo federal, em regra com natureza de lei ordinária – como aquelas que tenham alguma origem formal distinta, como atos administrativos que sejam provenientes do Poder Executivo.

Por outro lado, no que tange ao conteúdo material da norma de complementação, entendeu-se pela impossibilidade de admitir-se norma de conteúdo penal. Admitir que a lei penal em branco possa ser complementada por outra lei de conteúdo penal significa abandonar o conceito de lei penal em branco, é um contrassenso intrínseco ao conceito de lei penal em branco. Assim, uma lei penal que faça a remissão a uma outra lei penal não pode ser sequer

considerada em branco. Dessa forma, quanto ao conteúdo material da complementação entende-se, conforme foi explicitado, que este apenas pode ser extrapenal.

Entre as repercussões/problemas que a natureza das leis penais em branco pode acarretar sobre o âmbito da análise da dogmática penal, pode-se mencionar questões dentro da teoria do erro de tipo e do erro de proibição (no caso de erro sobre elementos normativos), assim como no direito penal intertemporal, dentre outros aspectos que fogem ao recorte metodológico deste trabalho.

Destarte, considerando a possível repercussão em vários âmbitos, pode-se concluir como de extrema relevância a delimitação conceitual das leis penais em branco, visto que só assim será possível buscar soluções dogmaticamente corretas para a resolução de tais questões. Diante desses pressupostos conceituais e uma vez delimitado o que se entende por lei penal em branco, é possível que agora a investigação se desenvolva em direção ao debate sobre a lei penal no tempo, que também é usualmente denominado como o Direito Penal intertemporal, conforme será realizado no próximo capítulo deste trabalho.

3. DIREITO PENAL INTERTEMPORAL

Para avaliar a retroatividade da norma de complementação à lei penal em branco, não é possível excluir o debate sobre a lei penal no tempo e o Direito Penal intertemporal. Isso, pois, em essência, o estudo da lei penal no tempo, que usualmente é denominado como Direito Penal intertemporal, envolve uma avaliação minuciosa sobre qual critério temporal deverá reger a aplicação das leis penais, levando em consideração, especialmente, as leis penais vigentes e as características temporais de cada caso analisado.

3.1. Regra geral: *tempus regit actum* e princípio da irretroatividade da lei penal

Em meio ao estudo do Direito Penal intertemporal, o ordenamento jurídico brasileiro se compatibilizou com a teoria da atividade, que consagra o brocardo latino *tempus regit actum*, literalmente traduzido como “o tempo rege o ato”. Segundo essa teoria, em regra, a lei penal incriminadora aplicável é aquela que tiver vigência no momento de prática da ação ou omissão, independentemente do momento do resultado. A aplicação expressa da teoria da atividade no ordenamento jurídico brasileiro decorre diretamente do art. 4º do Código Penal, que determina o seguinte: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Avaliando esse dispositivo, afirma Galvão que “o estatuto

repressivo consagrou a opção política indicada pela teoria da atividade” e que, nos termos dessa teoria, “a referência a ser utilizada para identificar a lei aplicável e para verificar as condições de reprovação do sujeito ativo do crime é o momento em que este realiza a conduta proibida”⁷⁸, ou seja, quando da prática da ação ou omissão.

Conforme leciona Fragoso, examinando a ordem jurídica brasileira, “o princípio básico que domina a sucessão de leis e o problema de sua aplicação é o *tempus regit actum*: os fatos são regulados pela lei do tempo em que se verificam”⁷⁹. Essa determinação é também presente em diversos outros ordenamentos jurídicos, como destaca Bacigalupo, ao afirmar que “a lei aplicável ao delito desde o ponto de vista temporal é a lei vigente no momento da prática do fato punível” e que esse é um princípio “sobre o qual há o mais completo acordo nas legislações modernas”, citando como exemplo as Constituições argentina, colombiana, espanhola, mexicana e venezuelana⁸⁰. O momento de prática da conduta seria correspondente ao momento da “execução da ação ou quando deveria ter sido realizada a ação omitida”⁸¹. Ainda segundo Bacigalupo, um dos fundamentos para a exigência de uma lei prévia para a responsabilização do indivíduo reside no fato de que “a lei penal busca prevenir que os fatos puníveis sejam praticados, impondo deveres e ameaçando seu descumprimento com a aplicação de uma pena”, ou seja, a lei penal quer “motivar o autor e isso só poderia ser feito se a lei fosse preexistente à decisão do autor” de cometer o delito⁸².

Também é oportuno o posicionamento de Hungria, que reconhece como mais adequada a teoria da atividade, afirmando: “desde que a lei penal é destinada a agir sobre a vontade, deve ser dada ao indivíduo a possibilidade de conhecê-la”, concluindo que, assim, “logicamente, o tempo do crime não pode ser outro senão o tempo da ação, isto é, o tempo do ato de vontade”, assim como afirmado por von Bar, citado no trecho pelo autor.⁸³

Apreciando a teoria da atividade e buscando maior detalhamento sobre sua aplicação a doutrina indica que o momento do crime, nos delitos comissivos, seria o momento da prática dos atos de execução, enquanto nos delitos omissivos seria o momento em que surge o dever concreto de agir e que se verifica a inércia do indivíduo titular desse dever⁸⁴. Há exemplos oferecidos pela doutrina⁸⁵ das consequências oriundas do princípio da atividade. Um deles é o

⁷⁸ GALVÃO, Fernando. **Direito...**, p. 159.

⁷⁹ FRAGOSO, Heleno. A lei penal no tempo. **Revista do Superior Tribunal Militar**, ano I, n. 1, 1975, p. 59.

⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho penal: parte general**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996, p. 56.

⁸¹ BACIGALUPO, Enrique. **Manual...**, p. 57.

⁸² BACIGALUPO, Enrique. **Manual...**, p. 57.

⁸³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 135.

⁸⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 145.

⁸⁵ Por todos, vide esta obra: MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal parte geral: lições fundamentais**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 412-413.

caso do menor de 18 anos, inimputável, que pratica uma conduta típica durante a menoridade e se resultado apenas é consumado após a maioridade. No caso, o adolescente seria responsável apenas pela prática do ato infracional, a despeito de atingir a maioridade penal quando se verificam as consequências de seu ato. Por outro lado, afirma-se que o momento da consumação também não serve para definir a aplicação da lei penal. Ou seja, se a consumação ocorre apenas algumas semanas após a ação ou omissão e, no momento da consumação, há lei penal mais prejudicial ao sujeito vigente, então a lei penal mais prejudicial é aplicada, prevalecendo a lei vigente no momento da ação ou omissão, seguindo a fórmula *tempus regit actum*⁸⁶.

Todos os exemplos supracitados servem para demonstrar que podem ser constatadas consequências concretas a partir da aplicação da teoria da atividade no Direito Penal, o que se direciona, inclusive, ao âmbito da aplicação das leis penais em branco. Isso, pois nas leis penais em branco, conforme abordado no capítulo anterior, a configuração da norma penal depende da norma extrapenal de complementação⁸⁷. Isso significa que o injusto efetivamente só poderá ser constituído quando publicada a norma de complementação. Com efeito, deve-se analisar a ação ou omissão e caso nesse momento tenha vigência apenas a lei penal em branco, sequer poderá ser extraído um sentido proibitivo inerente à norma penal, o que tornará atípica a conduta. Por outro lado, se houver modificação posterior da norma de complementação que seja prejudicial ao sujeito, prevalece a norma complementar extrapenal existente quando da ação ou omissão.

Na hipótese do primeiro caso da introdução deste trabalho, por exemplo, o caso versava sobre o indivíduo A, Prefeito Municipal, que foi denunciado pelo delito previsto no art. 337-E do Código Penal. A conduta imputada na denúncia foi referente à realização de uma contratação direta, sem procedimento licitatório, para um serviço de engenharia no valor R\$35.000,00. Se na data da ação ou omissão esse valor fosse aceitável para a contratação direta, mas posteriormente viesse uma lei nova de licitações que proibisse a hipótese de contratação direta nesse caso, deve ser aplicada a norma de complementação vigente à época da ação ou omissão, inexistindo qualquer razão para aplicar a lei penal mais prejudicial, pela teoria da atividade, o que demonstra a influência a teoria da atividade na aplicação das leis penais em branco.

Em síntese, o estudo do Direito Penal no tempo, que envolve a aplicação da teoria da atividade, indica que a lei penal aplicável é aquela vigente no momento da prática da ação ou omissão, independentemente do momento do resultado. Esta abordagem, respaldada pelo artigo 4º do Código Penal brasileiro, desde que respeitada em sua aplicação, proporciona segurança jurídica ao sistema penal, garantindo coerência e consistência na aplicação das normas, mesmo

⁸⁶ Por todos, vide: MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 413.

⁸⁷ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 112

diante de situações complexas como a consumação tardia de um delito ou a mudança da condição do agente ao longo do tempo.

3.2. Princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa ao sujeito

Não obstante, a teoria da atividade não é o único critério utilizado no estudo do Direito Penal intertemporal para definir a aplicação da lei penal no tempo. Um dos principais critérios aplicados conjuntamente à referida teoria é o princípio da irretroatividade da lei penal que seja mais prejudicial ao sujeito. Esse princípio é uma decorrência direta do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição da República de 1988, que assim determina: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Com uma breve leitura do dispositivo, evidencia-se que ele utiliza termos temporais, como “anterior” ou “prévia”, implicando à necessária conclusão de que a lei penal mais gravosa deverá ter sua vigência iniciada antes da conduta praticada. Além desse dispositivo, destaca-se também o art. 5º, inciso XL, da Constituição da República de 1988, para o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Aqui, a fórmula da irretroatividade é consagrada em sua mais pura expressão: a regra é a irretroatividade, a exceção é a retroatividade, que ocorre somente quando a lei penal tenha a característica de beneficiar o sujeito.⁸⁸

Avaliando os antecedentes históricos da irretroatividade da lei penal, Fragoso indica que a regra remonta ao Direito Romano⁸⁹, pois “os praxitas formularam e desenvolveram o princípio segundo o qual a lei penal não retroage para punir fato anteriormente não punível”⁹⁰. Entretanto, a disposição foi expressa de forma mais concreta no século XVIII com a utilização da fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, tendo sido introduzida expressamente em nosso sistema jurídico, ao menos, desde o Código imperial e tendo previsão no Código de 1890⁹¹. Com esse destaque, Hungria afirma que “as mesmas razões que fundamentam o veto à criação de crimes ou aplicações de penas à margem da lei (pelo *arbitrum judicis* ou pela analogia) militam para a interdição da lei penal *ex post facto*, quer no caso de *novatio criminis*, quer no de acréscimo de punibilidade ou desfavor ao réu”⁹². Dessa forma, conclui Hungria que em ambos os casos deve-se considerar que a retroatividade se fundamenta na liberdade individual e no direito adquirido,

⁸⁸ BACH, Marion. **Leis penais em branco e princípio da legalidade penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 121-123.

⁸⁹ FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 60.

⁹⁰ FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 60.

⁹¹ FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 60.

⁹² HUNGRIA, Nelson. **Comentários**..., p. 114.

em outras palavras, “o direito que o indivíduo adquiriu, vigente a lei anterior, de não ser punido ou ser punido menos severamente”⁹³.

Como fundamento para a irretroatividade da lei penal, Bacigalupo indica que ele está no âmbito constitucional, sendo diretamente oriundo dos princípios da segurança jurídica – no sentido de que o indivíduo deve poder agir nos limites daquilo que se conhecia até o momento da prática de sua conduta – e no princípio da liberdade individual, segundo o qual não se pode exigir que o indivíduo deixe de praticar uma conduta senão por meio de uma previsão legal que imponha esse dever⁹⁴. O autor destaca que ambos os princípios estão expressamente previstos na Constituição espanhola, mas também há previsão expressa desses princípios na Constituição da República brasileira, especificamente no art. 5º, incisos II e XXXVI, para os quais “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Segundo Martinelli e Bem, o princípio da irretroatividade tem com fundamento o fato de que a criminalização de um comportamento retira parte da liberdade individual e que, por isso, todo cidadão tem o direito de saber, previamente, quais são seus limites para agir conforme o Direito, sem que lhe sejam impostas sanções⁹⁵. Em sentido semelhante, afirma Bruno que toda a justificativa da irretroatividade se relaciona com a garantida de estabilidade do ordenamento jurídico, sem o qual os próprios direitos individuais estariam ameaçados⁹⁶. A irretroatividade da lei penal consiste em uma das mais sólidas bases da segurança jurídica, exatamente porque garante que o indivíduo apenas possa ser punido – ou ter sua situação prejudicada – nos casos em que a lei penal mais prejudicial tenha vigência iniciada antes da prática da conduta⁹⁷. Tudo que vier para agravar, não poderá retroagir, sendo aplicável apenas a partir de sua vigência. Afirmam Martinelli e Bem que “ninguém pode ser condenado por uma conduta ativa ou omissiva que, quando de sua realização, não era considerada delito, de acordo com o direito aplicável (*novatio legis incriminadora*), bem como não se pode impor pena mais grave que a cominada no momento da realização do delito (*novatio legis in pejus*)”.⁹⁸

⁹³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários...**, p. 114. Importante registrar que esse argumento foi rechaçado por Biding, mas uma ampla discussão sobre suas decorrências no Direito Penal transitória tem se reiniciado recentemente e se dedica a avaliar a origem dessa concepção, conforme é possível verificar neste artigo: LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim (et al.). **O direito penal e o tempo**. Coimbra: FCT, 2016, p. 48-49.

⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Manual...*, p. 57.

⁹⁵ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 361.

⁹⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal...**, p. 255.

⁹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...*, p. 184.

⁹⁸ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 362.

Um interessante aspecto é ressaltado por Galvão sobre a irretroatividade da lei penal em prejuízo do sujeito, ao afirmar que nos casos em que há lei posterior mais prejudicial, deve ocorrer a ultratividade “porque a lei posterior agrava a situação do sujeito e a proibição de retroatividade prejudicial (*in pejus*) veda a aplicação da lei nova, ao mesmo tempo que impõe a aplicação dos dispositivos da lei anterior”⁹⁹. Dessa forma, a ultratividade é determinada pela regra do *tempus regit actum* e, de certa maneira, representa a face oposta da irretroatividade da lei penal que é mais prejudicial ao sujeito nos casos de Direito Penal intertemporal.

Nas referências realizadas acima, dois novos conceitos são abordados, cuja análise será muito importante para o presente trabalho, pois contribuem para a verificação da aplicação da lei penal – inclusive das leis penais em branco – em contextos específicos. Os conceitos são da lei nova que criminaliza conduta (*novatio legis incriminadora*) e da lei nova que modifica circunstâncias em prejuízo do sujeito (*novatio legis in pejus*). Ambos os conceitos serão abordados nos itens à frente, buscando sua relação com as leis penais em branco, de modo que a investigação esteja atenta aos objetivos principais do presente trabalho.

3.2.1. Lei nova que criminaliza condutas (*novatio legis incriminadora*)

Como é possível inferir da mera leitura da denominação do presente item, a lei nova que criminaliza uma conduta é caracterizada, naturalmente, por consistir em uma lei penal incriminadora (*novatio legis incriminadora*), a qual tem o condão de estabelecer um novo tipo penal. Esse novo tipo penal deve ser aplicável à hipótese de uma conduta que antes era atípica, sendo exatamente por essa razão que se afirma ter havido a criminalização da conduta. Nesse caso, a ideia geral da irretroatividade é totalmente aplicável, e considera-se que não pode haver punição pela conduta praticada antes de vigência da lei nova que criminaliza condutas, já que essa conduta, avaliada sob a perspectiva da teoria da atividade, é regida somente pela lei vigente no momento específico da ação ou omissão. Por isso é que a doutrina penal afirma, assim como fazem os autores Martinelli e Bem, no sentido de que uma lei penal que passa a incriminar uma conduta que era anteriormente lícita apenas pode ter eficácia sobre comportamentos praticados a partir do início de sua vigência¹⁰⁰.

Também é extremamente oportuna a lição de Fragoso, para quem “a lei que incrimina fato anteriormente lícito jamais pode retroagir”, podendo tão somente “ter validade para os fatos

⁹⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito...**, p. 161.

¹⁰⁰ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 363.

praticado a partir de sua entrada em vigor”¹⁰¹. Segundo o autor, isso se justifica pois “inexistente a ameaça penal, justificada seria a prática do fato, pois o cidadão não poderia sentir-se obrigado à observância de preceito inexistente nem intimado por sanção que não havia”¹⁰².

Há diversos exemplos mais recentes de leis novas que criminalizam condutas em nosso ordenamento jurídico, como o de violência institucional, cujo tipo penal fora incluído pela Lei n. 14.321/2022 na forma do art. 15-A da Lei n. 13.869/2019, também denominada como Lei de Abuso de Autoridade, que tipifica “Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade”, a alguma situação de violência ou a “outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização”. Por outro lado, há tentativas de criminalização que não chegaram a ser efetivadas, como os Projetos de Lei n. 5363/05 e 5586/05, que buscavam a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos¹⁰³ e que receberam diversas críticas pelos moldes em que se buscava a tipificação¹⁰⁴, sem que fosse criminalizada a conduta. Nessas hipóteses, qualquer conduta praticada seria atípica, diante das regras da teoria da atividade e da irretroatividade da lei penal mais prejudicial ao sujeito. Na hipótese da ausência de publicação da lei incriminadora, sequer seria necessário aplicar o Direito Penal intertemporal, visto que a figura típica sequer chegou a ter sua vigência iniciada.

Avaliando o problema sob a perspectiva das leis penais em branco, destaca-se que uma lei nova incriminadora poderia advir de uma norma de complementação da lei penal em branco, já que, conforme anteriormente indicado, ela constituirá o conteúdo da proibição. Isso ocorreria no terceiro caso da introdução deste trabalho, no qual o indivíduo C foi denunciado pelo delito previsto no art. 68 da Lei 9.605/1998, que consiste em deixar de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental, aquele que tem dever legal ou contratual de cumpri-la. Pensando no caso indicado, seria constatada uma lei nova incriminadora caso fosse originada uma obrigação de relevante interesse ambiental antes inexistente, cuja incumbência pelo cumprimento seria do indivíduo C. Nesse caso, a lei nova incriminadora não poderia retroagir em prejuízo de C, que apenas estaria obrigado a cumprir os deveres existentes no momento da prática de sua conduta.

¹⁰¹ FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 63.

¹⁰² FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 63.

¹⁰³ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/481981-MEDIDA-2-%E2%80%3A-CRIMINALIZACAO-DO-ENRIQUECIMENTO-ILICITO-DE-AGENTES-PUBLICOS>>. Acesso em abr. 2024.

¹⁰⁴ Nesse sentido, vide este artigo: COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Léo Maciel Junqueira. A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 132, jun., 2017, p. 90.

3.2.2. *Lei nova que modifica circunstâncias em prejuízo do sujeito (novatio legis in pejus)*

Além de criminalizar condutas que anteriormente eram atípicas, pode existir também a possibilidade de que a lei nova modifique circunstâncias em prejuízo do sujeito, situação que é chamada de *novatio legis in pejus*. O escopo interpretativo é sempre ampliativo no que se refere àquilo que prejudica o sujeito: a *novatio legis in pejus* ocorrerá sempre que, de qualquer forma, a situação do sujeito seja prejudicada ou agravada¹⁰⁵. Para os casos de lei nova mais prejudicial ao sujeito, a regra da irretroatividade se mantém totalmente, pois, conforme abordado anteriormente, as consequências da prática de um delito também dependem de cominação prévia para que possam ser aplicadas em relação a determinado sujeito. Também aqui é pertinente o apontamento certo de Frágoso, segundo o qual “a lei posterior que, mantendo a incriminação do fato, agrava a situação do sujeito, em caso algum retroage”¹⁰⁶.

O exemplo mais tradicional de uma lei nova que modifica circunstâncias em prejuízo do sujeito é o aumento da pena aplicável a determinado delito. Isso ocorreu, por exemplo, sobre o tipo penal do art. 121, §2º, inciso IX, do Código Penal, que tipifica a conduta de homicídio contra menor de 14 anos. Nesse caso, foi acrescido o §2º-B ao dispositivo pela Lei nº 14.344 publicada em 2022, que aplica uma causa de aumento de pena para esse tipo penal, podendo variar entre 1/3 e 2/3, dependendo do caso e da circunstância concreta verificada. Há também situações de modificação das margens de progressão de pena, que prejudicam o sujeito, como as novas porcentagens vigentes para o art. 112 da Lei de Execução Penal, a partir da publicação da Lei n. 13.964/2019, aumentando em até 70% o prazo para progressão nos casos do apenado reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, além de vedar o livramento condicional especificamente para essa hipótese. Em ambos os casos – dentre outras centenas de exemplos –, o que se constata é a piora na situação jurídica do sujeito, consistindo em claros exemplos de *novatio legis in pejus*, sobre as quais se aplicam a teoria da atividade e a irretroatividade da lei penal que de qualquer modo prejudique o sujeito.

Especificamente no âmbito das leis penais em branco, a relevância das leis penais que modificam circunstâncias em prejuízo do sujeito é reduzida se comparada à figura da *novatio legis incriminadora*. Isso, pois a técnica de tipificação que resulta em elementos em branco, em geral, não é aplicada nas penas cominadas, mas apenas na configuração do tipo objetivo. Ou seja, tem-se que as consequências para a violação da norma não são complementadas por normas extrapenais e que, portanto, aquilo que apenas prejudica o sujeito – sem incriminar

¹⁰⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários...**, p. 114.

¹⁰⁶ FRAGOSO, Heleno. *A lei penal...*, p. 64.

novas condutas – não é objeto do estudo sobre as leis penais em branco. Um dos principais exemplos do emprego de algo semelhante a essa técnica em nossa ordem jurídica seja o tipo penal de genocídio, previsto no art. 1º da Lei n. 2.889/1956, no qual a pena cominada faz remissão expressa às penas de outros tipos penais do Código Penal, com a seguinte fórmula: [...] “Será punido: Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a”¹⁰⁷. Todavia, mesmo nesse caso entende-se não ser a hipótese de lei penal em branco, pois a remissão realização não é extrapenal¹⁰⁸, o que leva à conclusão de que o dispositivo apenas “empresta” a cominação de pena dos tipos referidos, incidindo na inútil repetição de dispositivo penal, conforme já indicado acima. Considerando a menor importância dessa espécie de inovação legislativa para o estudo da lei penal em branco se comparada à *abolitio criminis*, por ocorrer com menor frequência em nossa ordem jurídica, são dispensados maiores comentários sobre a *novatio legis in pejus*.

3.3. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica

Se o debate realizado no item anterior nos permite avaliar quando a lei penal nova não poderá retroagir, agora a investigação se direciona à verificação sobre quando poderá haver a retroatividade da lei penal a uma conduta praticada anteriormente à sua vigência. Para avaliação dessas situações, é indispensável que seja aplicado o princípio da retroatividade. Esse princípio está contido no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República de 1988, transcrito acima, cuja disposição determina: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. A retroatividade consiste exatamente na exceção à irretroatividade e tem como condicionante a característica de que a lei penal nova venha “beneficiar o réu”, conforme indicado no dispositivo. Detalhado de forma mais precisa a disposição constitucional, o art. 2º do Código Penal impõe que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. O parágrafo único desse dispositivo, por sua vez, assim determina: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

¹⁰⁷ Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; Será punido: Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a; Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b; Com as penas do art. 270, no caso da letra c; Com as penas do art. 125, no caso da letra d; Com as penas do art. 148, no caso da letra e.

¹⁰⁸ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos...*, p. 106.

Conforme é possível observar, todos os dispositivos supracitados levam à conclusão em comum de que, quando a lei nova, cuja vigência se inicia após a prática da conduta, traz algum benefício ao sujeito, esse benefício prevalece em relação à lei vigente à época em que praticada a conduta. Essa conclusão é compartilhada por Galvão, uma vez que o autor assim afirma: “se ao tempo do julgamento do crime estiver em vigor uma lei distinta da que estava quando da realização da conduta proibida, o réu tem direito a ser julgado conforme o disposto na lei que lhe for mais benéfica”¹⁰⁹. Avaliando na perspectiva oposta e rememorando o que foi indicado sobre o princípio da irretroatividade da lei penal, destaca-se a explicação certa de Leite, que afirma que a razão da proibição da retroatividade “repousa precisamente na ideia de que há um direito a que o injusto penalmente relevante não seja constituído originariamente a partir e para um determinado caso, mas de forma geral e abstrata pela lei”, ou seja, trata-se de um direito de que aquele injusto penal de uma determinada conduta “não seja constituído e aplicado, a um só tempo, no meu caso”¹¹⁰, pois dessa forma seria violada a igualdade entre os indivíduos.

Por oportuno, direcionando a investigação para aspectos principiológicos que podem fundamentar a retroatividade da lei penal mais benéfica, destaca-se que, além de expressamente previsto no texto constitucional e no Código Penal, tem-se que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica também se relaciona com o princípio da isonomia, pois não seria equânime punir mais gravemente um indivíduo que outro, apenas em razão do momento de prática de sua conduta, e da proporcionalidade, sob a perspectiva da proibição do excesso, considerando que o Estado deve ser entendido como instrumento a serviço da liberdade pessoal e sua atuação deve ser pautada na melhoria das margens sociais de liberdade¹¹¹.

Como fundamentos para a retroatividade, Prado afirma que podem ser indicados certos princípios que partem de razões humanitárias (*humanitatis causa*), perpassando a liberdade, a justiça, a equidade ou igualdade de tratamento e, sobretudo “considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária”¹¹². Com esses fundamentos, conclui o autor que a retroatividade da lei penal nova que de qualquer forme beneficia o sujeito se funda na “atenuação da valoração ético-social do fato, em consonância com a antiga formulação *favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*”.¹¹³

¹⁰⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito**..., p. 160.

¹¹⁰ LEITE, Alaor. Proibição..., p. 76.

¹¹¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24. Vide, ainda: HUNGRIA, Nelson. **Comentários**..., p. 119 e ss.

¹¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de**..., p. 212.

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de**..., p. 212.

Segundo Bacigalupo, a retroatividade da lei penal mais benéfica advém de uma ampla tradição que tem um fundamento de natureza “político-social, pois não há sentido em impor ou manter a execução de penas por fatos que já não são considerados delitos ou quando a gravidade das penas passa a ser desproporcional”¹¹⁴. Além disso, afirma o autor que a proibição de que a lei penal retroaja só foi instituída “para proteger o acusado frente ao endurecimento das penas, mas não para impedir que ele se beneficie com uma mera situação legal mais favorável”¹¹⁵. Por essas razões, Bacigalupo conclui pela aplicação da retroatividade da lei penal mais favorável ao sujeito, afastando a tese de que essa aplicação seria de algum modo inconstitucional ou violadora de disposições como a da segurança jurídica, bem como indicando os dispositivos expressos que amparam a aplicação retroativa da lei penal mais favorável¹¹⁶.

Portanto, excepcionando a regra do *tempus regit actum* – teoria da atividade – e sendo a faceta oposta da irretroatividade da lei penal, o princípio da retroatividade enseja a aplicação da lei vigente após a prática da conduta, sempre que ela apresente benefícios ao sujeito. Essa premissa fundamental é aplicável em diversas situações, pois a lei nova pode apresentar certas peculiaridades quanto às características e à extensão do benefício concedido ao sujeito. Nesse sentido, os próximos itens terão o fim de classificar as leis penais que podem retroagir em razão de suas características específicas, possibilitando maior precisão no debate que será realizado a respeito da retroatividade da mudança nas normas complementares às leis penais em branco.

3.3.1. Lei nova que promove a descriminalização de condutas (*abolitio criminis*)

Uma das situações em que ocorre a retroatividade da lei penal mais benéfica é no âmbito da *abolitio criminis*, que consiste na descriminalização de uma conduta que anteriormente era proibida no âmbito penal. Segundo Hungria, ocorre quando “a lei nova exclui da órbita do ilícito penal o fato anteriormente incriminado”¹¹⁷. Trata-se da situação mais característica em termos de aplicação do princípio da retroatividade e tem amparo tanto no art. 2º do Código Penal, já transcrito acima, como no art. 107, inciso III, do Código Penal, que determina a necessidade de que seja extinta a punibilidade pela “retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”. Essa disposição caracteriza expressamente uma escolha político-criminal, ditada primeiramente pela Constituição da República de 1988, no sentido de que não seria mais

¹¹⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Manual...*, p. 57-58.

¹¹⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Manual...*, p. 58.

¹¹⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Manual...*, p. 58.

¹¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários...*, p. 121-122.

necessária ou cabível uma repressão penal a uma espécie de condutas que não é mais considerada crime¹¹⁸. Sobre o tema, argumenta corretamente Prado que se uma “lei posterior (lei nova) deixa de considerar infração penal fato incriminado pela lei anterior, dá lugar à *abolitio criminis* (art. 2.º, *caput*, CP) – causa extintiva de punibilidade (art. 107, III, CP)”¹¹⁹.

Dessa forma, a primeira consequência que pode ser verificada na situação da lei nova que promove a descriminalização de condutas é que nenhum indivíduo pode ser punido por sua prática, ainda que esteja cumprindo pena, hipótese na qual deverá, imediatamente, interromper o cumprimento, uma vez extinta a punibilidade¹²⁰. Em outras palavras, todos os efeitos primários da condenação são imediatamente interrompidos, cessando a execução da pena. Inclusive, todos os efeitos secundários penais da condenação – como a reincidência – são obstados, restando tão somente os efeitos secundários extrapenais, como a obrigação de reparar danos. Por outro lado, se ainda não houve sentença, deve ser declarada extinta a punibilidade de imediato, em qualquer fase que se encontre o processo, com arquivamento dos autos.

Há menos exemplos de *abolitio criminis* em nosso ordenamento jurídico do que se pode constatar quanto à *novatio legis incriminadora*. Como exemplo, é possível citar a revogação do delito de usurpação de nome ou sobrenome alheio, anteriormente previsto no art. 185 do Código Penal, como “atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística”, mas que foi revogado pela Lei n. 10.695/2003. Também o delito de sedução, cuja figura típica estava prevista no art. 217 do Código Penal, como “pratica o crime de sedução o indivíduo experiente, que se dedica a manter relações sexuais com mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”, foi expressamente revogado pela Lei n.º 11.106/2005, inexistindo figura típica correspondente na atualidade. Por fim, destaca-se o delito de adultério, anteriormente contido no art. 240 do Código Penal, que tipificava, de forma muito singela, a conduta de “cometer adultério”, revogado pela Lei n. 11.106/2005. Em todos os casos indicados, as consequências da descriminalização – *abolitio criminis* – e, portanto, do princípio da retroatividade, seriam idênticas àquelas indicadas anteriormente.

Sobre o aspecto em análise, Galvão argumenta que “a descriminalização poderá ocorrer de maneira expressa, com a revogação da previsão típica anterior, ou de maneira implícita,

¹¹⁸ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 89, *apud* MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal...*, p. 367.

¹¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de...*, p. 212.

¹²⁰ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal...*, p. 367.

quando as disposições da lei anterior forem incompatíveis com as disposições da lei nova”¹²¹. Quanto aos elementos normativos do tipo, o autor afirma que a descriminalização também pode ocorrer quando houver uma alteração mais benéfica ao sujeito do significado desse elemento, como na hipótese em que alguma substância deixasse de ser considerada droga e, portanto, não fosse mais subsumível ao tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/2006¹²², valendo ressaltar que uma lógica semelhante poderia ser aplicada em relação aos elementos em branco das leis penais.

Destaca-se que há situações nas quais não será configurada a *abolitio criminis*, com a consequente impossibilidade de que a revogação de um dispositivo tenha efeitos quanto a um indivíduo e sua punibilidade. Há uma situação específica em que isso ocorrerá, chamada de continuidade típica normativa, que consiste na hipótese de que todo o conteúdo da proibição é contido em um outro dispositivo que passa a ser vigente no momento da própria descriminalização do tipo penal anterior, para o qual está se dirigindo a criminalização da conduta¹²³. Um exemplo mais recente dessa situação é a hipótese dos crimes licitatórios, que eram previstos na Lei n. 8.666/1993 e que, após revogados pela Lei n. 14.133/2021, foram integralmente transferidos, com a ocorrência de algumas adaptações nas elementares do tipo, ao Capítulo II-B do Código Penal. Outro exemplo usualmente citado pela doutrina é o do atentado violento ao pudor, que era previsto no art. 214 do Código Penal e que, embora revogado pela Lei n. 12.015/2009, teve seu conteúdo integralmente transferido para o art. 213 do Código Penal, também não se tratando, portanto, de *abolitio criminis*. Vale apontar que não se trata, essencialmente, de exceções à retroatividade, sequer há *abolitio criminis*.

No que tange às leis penais em branco, a *abolitio criminis*, pode advir da revogação de um tipo penal ou da norma extrapenal de complementação. No primeiro caso, não há dúvidas de que as regras da retroatividade da lei penal mais benéfica são plenamente aplicáveis, já que a revogação é da própria figura típica, sem a qual não pode haver punição, em respeito estrito ao princípio da legalidade. Por outro lado, maiores questionamentos se apresentam quando a revogação é da norma extrapenal de complementação. Esse é exatamente a discussão que será realizada no próximo capítulo, após finalizada a investigação sobre as demais situações em que ocorrerá a retroatividade da lei penal nova e mais benéfica ao sujeito.

¹²¹ GALVÃO, Fernando. **Direito...**, p. 161.

¹²² GALVÃO, Fernando. **Direito...**, p. 161.

¹²³ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 368 e ss.

3.3.2. Lei nova que de qualquer forma beneficie o sujeito (*novatio legis in melius*)

Há *novatio legis in melius* quando entra em vigência lei nova que seja mais benéfica ao sujeito de qualquer forma, nas exatas disposições que são prescritas no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Conforme é possível observar, o dispositivo é extremamente amplo, possibilitando a inclusão de um amplo rol de situações nas quais o sujeito pode ser favorecido pela lei nova. Aqui, excepcionando-se a *abolitio criminis* – debatida anteriormente e que excluí a própria criminalização da conduta – e situações como ela, o favorecimento ou benefício ao sujeito não reside na descriminalização da conduta, mas, por exemplo, em uma pena mais branda, um regime de cumprimento de pena inicial mais leve ou outras situações favoráveis, como possibilitar uma transação penal ou uma suspensão condicional do processo¹²⁴.

Hungria elenca uma ampla lista de situações de *novatio legis in melius*, quais sejam: a pena nova é mais benéfica quanto à sua natureza ou quanto ao modo de execução; a pena abstrata é reduzida ou os critérios de dosimetria são mais brandos; reconhecimento de novas circunstâncias que influem favoravelmente na dosimetria da pena, como atenuantes, ou abrandamento das agravantes ou causas de aumento; instituição de certos benefícios na execução da pena ou maior facilidade para sua obtenção; criação de causas que extinguem a punibilidade ou facilitam a extinção; estabelecimento de condições para a procedibilidade da ação penal; instituição de causas de justificação ou exculpação; exclusão ou atenuação de penas acessórias; por fim, supressão da possibilidade de conceder a extradição.¹²⁵

De fato, argumenta Fragoso que “se a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, favorecer o agente, aplica-se mesmo se houver sentença passada em julgado”, destacando ainda o seguinte aspecto: “em qualquer hipótese a lei mais favorável retroage, haja ou não sentença condenatória irrecorrível”¹²⁶. O autor faz ainda indicações expressas de que existem institutos do âmbito processual penal que têm repercussões na seara material, sendo que nesses casos será aplicada a regra da retroatividade, como ocorre nos casos de uma lei nova que preveja uma ação penal privada ou pública condicionada à representação¹²⁷. Nesses casos, evidentemente seria a

¹²⁴ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 385.

¹²⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários...**, p. 119-120.

¹²⁶ FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 63.

¹²⁷ FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 64.

lei nova mais favorável, pois a ação penal padeceria da evidente ausência de uma condição de procedibilidade, implicando a seu imediato trancamento em favor do sujeito.

Exemplos usualmente citados pela doutrina como de *novatio legis in melius* são como a revogação do art. 224 do Código Penal, realizada pela Lei n. 12.015/2009, a qual aplicava a violência presumida em hipóteses orientadas por características pessoais da vítima. Uma vez revogado o dispositivo, trata-se de situação que favoreceu os sujeitos pelos delitos respectivos em que era aplicada a violência presumida, beneficiando os sujeitos dessa prática. Existe outro interessante exemplo no qual se modifica a composição do ilícito em benefício do sujeito como na hipótese de que o art. 288 do Código Penal passasse a exigir, novamente, que ao menos quatro sujeitos integrassem a associação criminosa¹²⁸. Por outro lado, se a lei nova passa a exigir uma nova condição de procedibilidade – por exemplo, transformando um crime de ação penal pública incondicionada para condicionada à representação –, como na Lei n. 13.964/2019, que passou a exigir representação nos casos de estelionato, então também se trata de caso de *novatio legis in melius*. Como um último exemplo, pode-se citar a nova redação do art. 127 da Lei de Execução Penal, que passou a prever o limite de perda de até um terço dos dias remidos para a prática de falta grave, o que antes não era impedido por esse limite¹²⁹.

No âmbito das leis penais em branco, situações de *novatio legis in melius* não ocorrem, assim como constatado em relação à *novatio legis in pejus*. Afinal, como anteriormente citado, as leis penais em branco são complementadas por normas extrapenais que incidem no sentido da proibição, constituindo elementos do tipo penal. Por isso, é uma característica peculiar dessa técnica legislativa que as penas cominadas aos respectivos tipos penais não possuem elementos em branco. Isso leva a uma conclusão semelhante da que foi realizada anteriormente quanto à *novatio legis in pejus*: os casos de *novatio legis in melius* também não têm relevância para esse debate em torno das leis penais em branco, já que incidem nas consequências da prática de uma conduta proibida e não no próprio conteúdo da proibição.

3.3.3. Critério para determinação da lei penal mais benéfica

Quase todos os casos de aplicação de lei penal nova envolvem a análise sobre duas ou mais leis penais, bem como uma ponderação sobre quais dessas leis penais são mais benéficas

¹²⁸ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 385. Nesse caso, poder-se-ia questionar se não se configuraria até mesmo a *abolitio criminis*, já que um injusto no qual estivessem presentes 3 agentes sequer seria considerado um fato típico. De qualquer forma, como a lógica entre as classificações é semelhante, o preciosismo classificatório tem menor relevância.

¹²⁹ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 386.

ou mais prejudiciais ao sujeito. Afinal, é por meio dessa análise que podem ser definidas todas as consequências da aplicação de cada lei penal, bem como as regras de retroatividade no caso de a lei penal nova ser mais benéfica. É comum que, durante essa análise, se faça presente um questionamento sobre se a lei penal nova realmente traz benefícios ao sujeito, ou se prejudica sua situação. Nesse caso, rememora-se a afirmação de Liszt, segundo o qual é necessário que se decida o caso sucessivamente utilizando cada uma das leis, para que então, observando todas as consequências da aplicação de cada lei penal, seja possível concluir qual é mais benéfica.¹³⁰

Nesse sentido, vale rememorar o posicionamento de Bacigalupo, para quem a definição da lei penal mais favorável ao sujeito exige uma “comparação concreta” de ambas as situações que podem decorrer da aplicação de cada lei, da seguinte forma: “deve-se comparar a aplicação ao caso da situação legal vigente no momento da conduta com aquela que resultaria existente como consequência da reforma legal”¹³¹. A comparação é concreta, explica o autor, pois se refere ao caso que está sendo julgado naquele momento, e deve-se incluir todas as circunstâncias da pena e as leis aplicáveis em sua totalidade, com avaliação sobre as “penas e consequências acessórias e modificações do tipo penal e das regras da parte geral referentes, por exemplo, à capacidade de culpabilidade, às causas de justificação, às de exculpação, dentre outras”.¹³²

Desenvolvendo uma concepção muito semelhante à de Bacigalupo, Fragoso afirma que “a lei penal mais benigna deve ser determinada em face do caso concreto”, no sentido de que “o juiz deve considerar qual seria o resultado, aplicando hipoteticamente uma e outra das leis, escolhendo então a que proporciona situação mais favorável ao réu”¹³³. Como exemplo, cita o autor que a “lei posterior que, mantendo a incriminação do fato, aumente o máximo da pena cominada e diminua o mínimo, será mais favorável, se for o caso de aplicar a pena mínima à hipótese em julgamento, e será mais severa, se se deve impor a pena máxima”.¹³⁴

De fato, trata-se de um procedimento especialmente casuístico¹³⁵, visto que apenas pode haver uma conclusão avaliando cada caso com todas as suas circunstâncias. Não obstante, pode-se afirmar que a análise deve ser pautada por um critério consequencial, ou seja, avaliando as consequências que efetivamente serão provocadas pela aplicação de uma ou outra lei penal em determinado caso. Se as consequências forem a atipicidade da conduta, a exclusão do crime por

¹³⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russel, 2003, p. 178.

¹³¹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual...*, p. 58.

¹³² BACIGALUPO, Enrique. *Manual...*, p. 58.

¹³³ FRAGOSO, Heleno. *A lei penal...*, p. 66.

¹³⁴ FRAGOSO, Heleno. *A lei penal...*, p. 63.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 210.

outras categorias no conceito analítico de crime ou, inclusive, se elas forem processuais, como a impossibilidade de prosseguimento da ação penal pela ausência de uma condição objetiva de procedibilidade, então a lei nova poderá ser considerada mais benéfica ao sujeito. Observando cada caso a partir do critério das consequências decorrentes da aplicação de cada lei penal para o sujeito, pode-se perceber com mais clareza qual lei penal realmente será mais benéfica.¹³⁶

Apenas para que se possa visualizar a aplicação desse critério no âmbito das leis penais em branco, vale apontar que uma norma extrapenal de complementação que tenha como efeito a restrição das condições necessárias para configurar uma violação à norma penal seria, dessa forma, considerada mais benéfica ao sujeito. Como exemplo, voltemos ao quarto caso citado na introdução deste trabalho, que versa sobre o tipo do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/1991, de “adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”. Nesse caso, qualquer norma extrapenal que fosse dirigida a restringir ou flexibilizar essas exigências seria considerada mais benéfica ao sujeito, podendo, a princípio, retroagir. Embora os detalhes sobre esse debate estejam elencados adiante neste trabalho, mais especificamente no terceiro capítulo, desde logo é possível visualizar que a lei mais benéfica, nos casos das leis penais em branco, também pode ser extrapenal.

3.3.4. *Lei penal nova parcialmente mais benéfica*

Nem sempre as leis penais novas são integralmente mais benéficas ao sujeito, como nos casos de abrandamento da pena cominada a um delito. Há casos em que o dispositivo singular da lei nova contém disposições mais benéficas e mais prejudiciais ao sujeito. Em casos como esse, prevalece o entendimento de que se aplica a retroatividade quanto à parte mais benéfica da lei penal nova e, simultaneamente, veda-se a retroatividade quanto à parte da lei penal nova que seja mais prejudicial ao sujeito¹³⁷.

Um dos exemplos utilizados pela doutrina para o debate sobre a lei penal nova que seja parcialmente mais benéfica é a progressão de regime em crimes hediondos. Inicialmente, havia previsão legal expressa de que a pena por crime hediondo deveria ser “cumprida integralmente em regime fechado”, vedando, portanto, qualquer progressão de regime para os condenados por

¹³⁶ Apenas como registro de interesse científico de uma concepção não compartilhada neste trabalho, há uma vertente doutrinária clássica, oriunda dos sistemas jurídicos anglo-americanos, que sustentam a possibilidade de que o acusado escolha pessoalmente a situação que considerar mais favorável, sendo essa posição defendida na doutrina brasileira por setor minoritário, especialmente por HUNGRIA, Nelson. **Comentários...**, p. 132-133.

¹³⁷ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 393.

crime hediondo. Após a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo realizada pelo Supremo Tribunal Federal¹³⁸, foi publicada a Lei n. 11.464/2007, que expressamente passou a prever a possibilidade de progressão de regime após o “cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”. Embora esse dispositivo atualmente tenha sido revogado pela Lei n. 13.964/2019, trata-se de um bom exemplo de uma lei penal nova parcialmente mais benéfica: ao mesmo tempo em que possibilita a progressão de regime – a parte mais benéfica –, aplica uma fração maior para a progressão – parte prejudicial ao sujeito. Nesse caso, deve retroagir a possibilidade de progressão e, além disso, aplica-se a fração vigente à época para a progressão de regime, já que é vedada a retroatividade da lei penal mais prejudicial ao sujeito, exatamente como indicado acima.

3.4. Exceções à retroatividade da lei penal mais benéfica: casos de ultratividade de leis penais incriminadoras temporárias e excepcionais

Embora a regra seja a aplicação da retroatividade da lei penal mais benéfica a fatos que foram praticados anteriormente à sua vigência, há duas exceções nas quais a retroatividade não poderá ser aplicada.

A primeira delas consiste nas leis penais incriminadoras temporárias, que entram em vigência para proibir uma conduta estabelecendo um prazo certo de duração. Sua razão inicial de existir, conforme indicado por Schmidt, foi o gerenciamento de ilícitos penais em situações de guerra ou calamidade pública, mas a interpretação usualmente conferida a essa espécie de leis penais, demasiadamente abstrata e permissiva, pode levar à conclusão de que há outras situações que justificariam sua utilização, como com finalidade regulatória, para conter inflação quando ela atingisse níveis elevados, criminalizando condutas durante esse contexto¹³⁹. Talvez essa exceção seja a mais presente na prática, pois há um clássico exemplo de lei penal incriminadora temporária que consistiu na Lei n. 12.663/2012, também denominada como Lei Geral da Copa. No art. 36 do referido diploma legal, constou expressamente que os “tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”, vinculando a vigência, portanto, a um marco temporal previamente estabelecido¹⁴⁰. Uma vez existindo essa vinculação temporal, há evidente situação de lei penal incriminadora temporária.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.959/SP. Tribunal Pleno. Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Publicado em 01/09/2006.

¹³⁹ Vide: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 231.

¹⁴⁰ O referido exemplo também é citado em: PRADO, Luiz Regis. **Curso de...**, p. 214.

Como segunda exceção, tem-se as leis penais incriminadoras excepcionais, que proíbem condutas em casos de calamidade pública ou anormalidade das condições sociais. No âmbito dessa espécie de leis pode-se citar como exemplo a Lei nº 13.979/2020, que apesar de não ter caráter eminentemente incriminador, dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. No art. 8º desse diploma normativo, há previsão expressa de sua natureza de excepcionalidade dessa lei, uma vez que determina que “Esta Lei vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, observado o disposto no art. 4º-H desta Lei”. Uma vez existindo essa vinculação à situação excepcional que deu origem a ela, mostra presente a natureza de lei excepcional.

O aspecto comum entre as duas exceções é que ambas consistem em situações nas quais as leis penais incriminadoras indicadas têm uma vigência vinculada a determinado critério, seja ele temporal ou circunstancial, tratando-se, em essência, de espécies legislativas idênticas sob essa perspectiva¹⁴¹. Abordando conjuntamente as duas espécies de leis, Bacigalupo indica que em ambas as hipóteses supracitadas, “sua capacidade intimidatória seria totalmente anulada ou seriamente afetada” caso não fossem aplicadas após o encerramento de seu prazo fixado, assim como que essas exceções teriam justificativa na necessidade de proteção de bens jurídicos e na finalidade protetiva buscada pelas leis temporárias e excepcionais.¹⁴²

De fato, observando a ordem jurídica brasileira, vê-se que, nas hipóteses de leis penais temporária ou excepcionais, o art. 3º do Código Penal determina expressamente que “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”. Assim, essas exceções consistem exatamente na determinação expressa da ultratividade da lei penal, mesmo que já tenha sido encerrada sua vigência, ou seja, mesmo que a lei penal posterior seja mais benéfica ao sujeito, visto que sequer haverá tipificação da conduta praticada. No próximo item, há uma descrição mais detalhada sobre os fundamentos axiológicos dessa exceção.

3.4.1 Sobre a constitucionalidade das leis penais temporárias e excepcionais

Diante da natureza infraconstitucional das exceções contidas no art. 3º do Código Penal, assim como da evidente ausência de previsão dessas exceções no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República de 1988, muitos autores passaram a questionar a constitucionalidade

¹⁴¹ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 396.

¹⁴² BACIGALUPO, Enrique. *Manual...*, p. 60-61.

da disposição infraconstitucional, indicando que se trataria de dispositivo não recepcionado no texto constitucional e, portanto, não seria idônea sua aplicação. Como exemplo, é possível citar a posição de Martinelli e Bem, para os quais a regra de retroatividade se refere a uma garantia individual e que, dessa forma, deve ser interpretada de forma mais favorável à pessoa humana, de sorte que prevalece a constatação de que as exceções à retroatividade da lei mais benéfica seriam ilegítimas¹⁴³.

Por outro lado, a posição majoritária e mais tradicional da doutrina busca justificar que as exceções indicadas são legítimas e devem ser aplicadas, sobretudo com base no fundamento de efetividade das leis penais temporárias e excepcionais: a ideia central dessa vertente é que, se a retroatividade da lei mais benéfica fosse aplicada em leis temporárias e excepcionais, toda conduta praticada durante sua vigência seria fadada a ser descriminalizada quando encerrada a sua vigência, perdendo completamente sua eficácia. Dessa forma, ninguém estaria efetivamente compelido a obedecer a norma penal, pois saberia que ela não seria efetivamente aplicada, em razão da retroatividade que atuaria após o fim de sua vigência¹⁴⁴.

Há também o posicionamento segundo o qual a retroatividade não seria aplicável tendo como perspectiva a reavaliação da concepção jurídica inerente àquela proibição realizada pela lei temporária ou excepcional. Em outras palavras, nessa concepção a revogação da lei temporária ou excepcional – ou o encerramento de sua vigência – não está vinculado ao desaparecimento das razões da proibição, mas sim do cumprimento de uma condição futura que pode ser temporal ou circunstancial. Dessa forma, afirmam Jescheck e Weigend que um motivo para ausência de aplicação da retroatividade seria que a revogação dessa espécie legislativa não tem como base uma mudança na concepção jurídica da proibição, mas sim do desaparecimento de sua vigência em razão do cumprimento dessa condição previamente estabelecida.¹⁴⁵

Em relação ao primeiro posicionamento, destaca-se que não há uma incompatibilidade intrínseca entre a disposição do art. 5º, inciso XL, da Constituição da República de 1988 e o art. 3º do Código Penal. Isso, pois o texto constitucional não traz qualquer disposição específica no que concerne a leis temporárias e excepcionais, sendo plenamente possível que dispositivos de caráter infralegal disponham sobre essas espécies legislativas. Por outro lado, destaca-se que a regra geral da Constituição da República de 1988 é a irretroatividade da lei penal, excepcionada a situação de que ela seja mais benéfica ao sujeito. Isso significa que o dispositivo do Código

¹⁴³ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 398; com posicionamento muito semelhante ao dos autores indicados, vide também: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 215.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 169; de forma semelhante é o posicionamento deste autor na seguinte obra: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 193.

¹⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado...**, p. 188.

Penal apenas restringe a exceção, alinhando à regra geral da Constituição a aplicação das leis penais temporárias ou excepcionais. Ademais, ao contrário do que defendido pela primeira das vertentes indicadas, entende-se que não se trata aqui de uma interpretação extensiva em prejuízo do sujeito, pois a previsão infraconstitucional é expressa. Portanto, sendo plenamente legítima a disposição infraconstitucional e não se tratando da interpretação indicada – que é vedada em matéria penal¹⁴⁶ – considera-se como idôneas as exceções indicadas.

Em sentido muito semelhante, argumenta Galvão que nas hipóteses de leis temporárias ou excepcionais fica evidente que “se não fosse a previsão da ultratividade, as leis perderiam toda a sua potencialidade coercitiva”, pois “no futuro, a lei incriminadora perderia vigência” e “não haveria quem a obedecesse”¹⁴⁷. Detalhando um pouco mais o posicionamento, afirma o autor que “a força coercitiva, tanto da lei penal excepcional como da temporária, depende da certeza de que seus dispositivos serão aplicados quando do julgamento dos fatos praticados durante a sua vigência”¹⁴⁸, sendo, também por essa razão, materialmente constitucionais essas normas e, inclusive, sendo justificável a vedação à retroatividade que é dirigida a elas.

Reforçando esse posicionamento, os argumentos da segunda vertente supracitada – que afirmam a idoneidade das exceções à retroatividade – são muito pertinentes. Afinal, de fato não haveria sentido em uma proibição temporária ou excepcional que necessariamente fosse perder toda sua eficácia após o encerramento de sua vigência: se a proibição estaria fadada a não ser mais vigente, esvaziar-se-ia qualquer razão para a proibição. Há de se reconhecer que situações específicas exigem proibições singulares e com vigência limitada, para que não se apresentem tipos penais cuja existência será demasiadamente duradoura, excedendo muito sua finalidade proibitiva, em casos como os regulamentados por leis temporárias ou excepcionais. De fato, é escorregada a lição de Hungria no sentido de que aplicar a retroatividade nas hipóteses descritas “seria colocar essas leis em contraste com a sua própria *ratio*, além de que praticamente, na quase totalidade dos casos, resultariam irrisoriamente inócuas”¹⁴⁹. Assim, tem-se que é mais razoável reconhecer a possibilidade dessa vigência limitada, que admitir proibição de condutas cuja incriminação não se justifica por períodos indeterminados.

No que concerne ao argumento da mudança da concepção jurídica quando às razões de proibição da conduta, destaca-se que se trata de um fundamento idôneo, mas desde que avaliado no seguinte sentido: não é a mudança de concepção jurídica que fundamenta a retroatividade,

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 439 e ss.

¹⁴⁷ GALVÃO, Fernando. **Direito...**, p. 164.

¹⁴⁸ GALVÃO, Fernando. **Direito...**, p. 165.

¹⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários...**, p. 140.

mas a ausência de mudança na concepção jurídica fortalece o argumento da irretroatividade, não sendo, ainda, seu único fundamento. Ou seja, o motivo da exceção à retroatividade é uma disposição legal do art. 3º do Código Penal corroborada, ainda, pelo fundamento da ausência de eficácia das leis penais caso aplicada a retroatividade. O fundamento da concepção jurídica atribuível à proibição ter sido modificada é apenas um adendo à irretroatividade da lei posterior, legalmente determinada. Maiores considerações serão feitas sobre esse fundamento específico no terceiro capítulo deste trabalho, sendo possível afirmar, por ora, que é defendida a posição de que as leis temporárias e excepcionais – bem como a regra da irretroatividade do art. 3º do Código Penal – são constitucionais e plenamente aplicáveis.

3.5. Síntese da abordagem e conclusões intermediárias

Como síntese do segundo capítulo deste trabalho, pode-se concluir intermediariamente que a regra geral da aplicação da lei penal no tempo – âmbito que também é denominado como Direito Penal intertemporal – é a do *tempus regit actum*, ou seja, a lei penal aplicável é aquela vigente no momento da prática da ação ou omissão, independentemente do momento em que ocorreu o resultado, conforme art. 4º do Código Penal.

No âmbito da sucessão de leis penais no tempo, a regra geral é da irretroatividade da lei penal, conforme dispõem o art. 5º, incisos XXIX e XL, da Constituição da República de 1988. A irretroatividade é igualmente aplicável em situações de leis novas que criminalizam condutas – *novatio legis incriminadora* – e de leis novas que modificam circunstâncias em prejuízo do sujeito – *novatio legis in pejus*. Em ambos os casos, veda-se a retroatividade da lei nova, por ser mais prejudicial ao sujeito, incluindo-se na regra geral da irretroatividade da lei penal.

Contudo, também há disposições constitucionais e legais que excepcionam a regra da irretroatividade para os casos em que uma lei nova seja, de qualquer forma, mais benéfica ao sujeito. Essas exceções estão amparadas pela aplicação da retroatividade da lei nova que seja mais benéfica ao sujeito, que tem disposição expressa no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República de 1988, bem como o art. 2º, *caput* e parágrafo único, do Código Penal.

Haverá retroatividade da lei penal, nos termos desses dispositivos, tanto no caso de leis novas que promovam a descriminalização de condutas – *abolitio criminis* – como em casos de leis novas benéficas que de qualquer forma beneficiem o sujeito – *novatio legis in mellius*.

O critério aplicado para definição da lei nova mais benéfica deve ser necessariamente comparativo e consequencial, buscando hipoteticamente a aplicação de cada lei e avaliando as

consequências concretas e finais para o caso, de modo a identificar quais consequências serão mais favoráveis ao sujeito, como exclusão da tipicidade, dentre outras.

Nas leis novas parcialmente mais benéficas, aplica-se a irretroatividade para a parte que for mais prejudicial ao sujeito e a retroatividade para a parte que lhe for mais benéfica, como seria realizado se fossem dispositivos distintos.

Quanto às leis penais temporárias e excepcionais, foi possível indicar que nesses casos há evidente exceção à retroatividade da lei penal mais benéfica, sendo afirmada a aplicação de condutas incriminadas por essas leis mesmo após o encerramento de sua vigência. Por fim, foi destacado que essas espécies legislativas são plenamente constitucionais e, ainda, aplicáveis em nosso ordenamento jurídico brasileiro, não apenas por seus fundamentos, mas também tendo em vista a disposição expressa do art. 3º do Código Penal.

4. ANÁLISE SOBRE AS HIPÓTESES DE RETROATIVIDADE DA MUDANÇA MAIS BENÉFICA AO SUJEITO NO COMPLEMENTO DA LEI PENAL EM BRANCO

Nos capítulos anteriores deste trabalho, foi realizada uma investigação minuciosa sobre as leis penais em branco, suas diversas classificações e a indicação de um conceito aplicável às leis penais em branco, especialmente para distingui-las dos elementos normativos do tipo e dos elementos de valoração global do fato. Além disso, foram discutidos diversos aspectos sobre a aplicação da lei penal no tempo, ou o Direito Penal intertemporal, com destaque para aplicações da irretroatividade e da retroatividade da lei penal, em suas respectivas situações específicas de prejuízo ou benefício maior ao sujeito. Nesse momento, portanto, é possível que ambas essas investigações pretéritas sejam avaliadas conjuntamente, oferecendo fundamentos necessários para examinar se e quando haverá retroatividade da mudança mais benéfica ao sujeito no complemento referido por leis penais em branco. Nesse contexto, há três vertentes doutrinárias que podem ser destacadas neste trabalho, as quais serão abordadas nos itens seguintes.

4.1. A irretroatividade absoluta da mudança no complemento

A primeira vertente doutrinária defende a irretroatividade absoluta do complemento da lei penal em branco que de algum modo beneficia o sujeito. O único pressuposto teórico que se poderia utilizar para fundamentar essa posição é que uma norma complementar à lei penal em branco não constitui, essencialmente, o injusto penal, tratando-se apenas de um requinte, como um acessório à proibição que é revelada apenas a partir do próprio elemento em branco. Afinal,

apenas com essa separação se pode sustentar a absoluta irretroatividade do complemento, ainda que ele seja de algum modo mais benéfico ao sujeito. Em nosso sistema jurídico, o posicionamento é adotado tradicionalmente a partir da doutrina de Hungria, para quem as leis penais em branco não seriam “revogadas em consequência da revogação de seu complemento”, sendo que “não obstante a cessação, destes, continuam elas plenamente em vigor, apenas faltando os elementos ocasionais para sua ulterior aplicação”¹⁵⁰.

Essa vertente é especialmente defendida por Bitencourt, pois embora faça algumas ressalvas quando ao conceito das leis penais em branco, acaba por concluir o seguinte: “a norma penal em branco válida é aquela que contém o núcleo essencial da conduta punível descrito no preceito primário da norma incriminadora”¹⁵¹. Esse pressuposto é evidentemente o contrário do que foi defendido anteriormente no presente trabalho: trata-se de indicar que toda a proibição está contida no próprio preceito incriminador, sendo a norma de complementação apenas um elemento acessório à caracterização do injusto, e não constitutiva em si. Portanto, é justificada a assertiva acima de que apenas seria possível defender a absoluta irretroatividade da modificação mais benéfica do complemento caso adotado pressuposto conceitual distinto no que concerne às leis penais em branco, como adotado pelo referido autor.

A partir do pressuposto indicado, Bitencourt busca realizar uma ressalva, afirmando que “quando a alteração afeta a própria norma penal incriminadora, seja seu preceito primário, seja seu preceito secundário, então são válidas todas as considerações acerca da retroatividade e ultratividade da lei penal mais benigna”¹⁵², o que indica sua tendência de afirmar como possível que o elemento em branco esteja na cominação de pena. Contudo, levando em consideração o pressuposto do autor indicado acima, nesse caso não se estaria tratando de uma lei penal em branco, visto que sua característica essencial é a ausência de afetação da norma, pois ela está constituída pela lei penal incriminadora. Ou seja, a ressalva não se aplica ao próprio conceito de lei penal em branco adotado pelo autor, razão pela qual não afasta seu entendimento de que há irretroatividade geral das modificações benéficas do complemento da lei penal em branco.

Corroborando essa visão sobre a tese desenvolvida pelo autor, logo na sequência se sustenta que “as leis penais em branco não são revogadas em consequência da revogação de seus complementos. Tornam-se apenas temporariamente inaplicáveis por carecerem de elemento indispensável à configuração da tipicidade” e, ainda, que “Recuperam, contudo, validade e eficácia com o surgimento de nova norma integradora, que, sendo mais grave, a nosso

¹⁵⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários...**, p. 137.

¹⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 540 e ss.

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 543 e ss.

juízo, não pode retroagir para atingir fato praticado antes de sua existência”¹⁵³. A conclusão necessária a partir desse trecho é que, diante do afastamento da hipótese de revogação da própria lei penal incriminadora a partir da revogação do complemento, essa mudança não irá retroagir, mas apenas tornar inaplicável a lei penal em branco aos fatos cometidos durante essa situação nova da ausência da norma de complementação.

Apenas como importante ressalva, para complementação da tese desenvolvida por esse autor, vale apontar que ele explicita a situação em que, nos casos de leis penais em branco que não impliquem por si à proibição e dependam totalmente do complemento para que a norma penal seja constituída – conforme esse trabalho, as leis penais em branco por definição – o que haverá é sua absoluta invalidade, pois, segundo Bitencourt “a *norma integradora* não pode alterar ou ultrapassar os limites estabelecidos pelo preceito da *norma penal em branco*, que é a incriminadora. Sua função restringe-se a especificações e detalhamentos secundários, que podem ser transitórios, temporários e até fugazes”. Finaliza o autor por afirmar que “Se a *norma complementar*, especialmente se tiver cunho ou natureza administrativa, ultrapassar o ‘claro da lei penal’ (criando, ampliando ou agravando o comando legal), como já afirmamos, estará violando o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, e, por consequência, desrespeitando o princípio constitucional da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF)”¹⁵⁴

Segundo esse posicionamento, portanto, não haverá retroatividade das mudanças mais benéficas ao sujeito que ocorram nas normas de complementação às leis penais em branco, o que é avaliado também por outras obras da doutrina nacional no que se refere à tese citada¹⁵⁵. A crítica a essa posição será realizada posteriormente neste trabalho, mas evidentemente pode-se perceber que não será acolhida essa vertente doutrinária, em especial, diante da constatação de que ela parte de um pressuposto conceitual totalmente contrário do que fora defendido durante o desenvolvimento do primeiro capítulo deste trabalho. Portanto, por uma simples questão de coerência conceitual, destaca-se desde logo a discordância com a tese descrita neste item.

4.2. A retroatividade irrestrita da mudança mais benéfica no complemento

No extremo oposto do entendimento indicado acima, há um setor da doutrina segundo o qual a modificação benéfica da norma complementar à lei penal em branco sempre deverá ter

¹⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 543 e ss.

¹⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 543 e ss.

¹⁵⁵ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal...**, p. 384.

efeitos retroativos em relação a fatos praticados anteriormente à sua vigência. Dessa forma a concepção é marcada pela defesa de uma retroatividade irrestrita das mudanças da norma complementar. O referido posicionamento usualmente é defendido por autores que adotam o conceito de lei penal em branco que também é defendido no presente trabalho. Isso, pois se conceitualmente uma lei penal em branco é delimitada a partir da consideração de que ela integra o conteúdo proibitivo, consubstanciando a própria norma penal, então tem-se, na mesma medida, uma afetação direta da norma penal e do injusto, justificando a retroatividade em favor do sujeito em qualquer caso de mudança benéfica na norma complementar.¹⁵⁶

Na doutrina nacional, um dos autores que adota esse posicionamento é Santos, que parte do conceito de lei penal em branco como “tipos legais com sanção penal determinada e preceito indeterminado, dependente de complementação por outro ato legislativo ou administrativo”¹⁵⁷, considerando o fato de que o “complemento da lei penal em branco é elemento do tipo objetivo e, portanto, integra a lei penal”¹⁵⁸. A consequência lógica disso, segundo Santos, seria que “se o tipo legal não existe sem o complemento legal ou administrativo”, então o complemento da lei penal branco é um “elemento do tipo de injusto e, na hipótese de complemento posterior mais favorável, retroativo”¹⁵⁹. Na doutrina alemã, destaca-se Stratenwerth, para quem também deverá a modificação benéfica da norma complementar retroagir em favor do sujeito¹⁶⁰.

Embora o posicionamento indicado não chegue exatamente a essa conclusão, destaca-se que caso ele seja levado ao extremo, pode-se afirmar que nem mesmo nos casos de leis excepcionais ou temporárias haveria um impedimento para que a retroatividade da modificação mais benéfica ao sujeito da norma complementar fosse imposta. Também não haveria qualquer consideração sobre o caráter da modificação, se ele se refere a circunstâncias fáticas ou jurídicas, ou sobre em que medida é mais benéfico ao sujeito, sobre elementos de necessidade preventiva da pena ou a avaliação da sociedade em relação à gravidade do injusto. Por isso, denomina-se esse posicionamento como o da retroatividade irrestrita, visto que não impõe, a princípio, exceções ou delimitações como as que foram indicadas acima, diferentemente do que ocorre nos posicionamentos citados adiante.

¹⁵⁶ O posicionamento indicado neste item também é acompanhado por autores como, por exemplo, os seguintes: MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principio constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 145; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 74.

¹⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...*, p. 53.

¹⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...*, p. 53-54.

¹⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...*, p. 54.

¹⁶⁰ Nesse sentido, vide: STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 50. *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...*, p. 54.

4.3. Posicionamentos intermediários: retroatividade benéfica limitada

Em meio ao debate sobre a retroatividade da mudança mais benéfica ao sujeito da norma de complementação de uma lei penal em branco, existem ainda posicionamentos intermediários que limitam a retroatividade a determinados critérios ou requisitos. Conquanto seja possível o agrupamento desses posicionamentos em um mesmo gênero, há diferenças relevantes no que concerne a quais critérios ou requisitos podem ser aplicáveis para limitar a retroatividade do complemento mais benéfico da lei penal em branco. Adiante, veremos as principais concepções que podem ser incluídas como posicionamentos intermediários e a estrutura de análise proposta por cada uma dessas concepções.

4.3.1. Diferenciação entre modificação de circunstâncias fáticas e jurídicas

Há um grupo de concepções que podem ser sistematizadas sob a mesma classificação, por terem em comum a tentativa de limitar a aplicação da retroatividade da modificação mais benéfica da norma complementar à lei penal em branco a partir de uma simples diferenciação entre circunstâncias fáticas e jurídicas. Embora não compartilhe desse posicionamento, Silva Sánchez explica o principal argumento dessa concepção, afirmando: “a nova regulamentação, mais favorável ao sujeito, não seria aplicável retroativamente quando sua introdução se devesse à avaliação de uma mudança de circunstâncias, ou seja, um elemento fático”¹⁶¹. Por outro lado, a retroatividade seria aplicável sempre que houvesse “uma mudança na valoração jurídica”, isto é, um “fator axiológico”¹⁶² na mudança legislativa.

Como exemplo, o autor indica a situação das leis temporárias, em que o afastamento de sua vigência decorreria apenas da mudança fática que seria o transcurso do tempo determinado nas disposições legais¹⁶³. Além disso, indica que essa diferenciação buscaria uma razão jurídica, axiológica, para a aplicação da retroatividade, visto que apenas seria possível aplicá-la quando houvesse uma mudança sobre a “necessidade (preventivo-geral e preventivo-especial) da pena” quanto à conduta praticada anteriormente¹⁶⁴. Como é possível observar, busca-se exatamente uma distinção entre mudanças meramente fáticas de modificações jurídico-valorativas.

¹⁶¹ Sobre o tema, vide a obra: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "Leyes en Blanco"*. **Estudios Penales y Criminológicos**. Cursos e Congresos n. 76 Servicio de Publicación da Universidad de Santiago de Compostela, 1993, p. 441.

¹⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 442.

¹⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 445.

¹⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 446.

Posicionamento semelhante é o de Busato, que parte do pressuposto conceitual de que a lei penal em branco poderia ter complementos de diversas naturezas, pois alguns deles seriam apenas acessórios, enquanto outros determinariam o conteúdo do injusto, sendo que exatamente a “classe de variação do complemento” o que determinaria a “necessidade de retroatividade ou não”¹⁶⁵. A partir do referido pressuposto conceitual, conclui o autor que “caso a alteração do complemento importe em diversa valoração do conteúdo incriminado, pode haver retroação *in melius*, do contrário, a irretroatividade permanece”¹⁶⁶. Dessa forma, Busato também se ampara em uma distinção entre mudança fática e jurídica, excluindo a retroatividade quando somente é constatada uma mudança fática, mantendo-se o desvalor do injusto.

Mudanças no valor de moedas em crimes cujo complemento consiste nesse valor são os exemplos mais comuns de mudanças meramente fáticas para o posicionamento descrito no item debatido nesta ocasião. Um desses exemplos é oferecido por Soler, que afirma expressamente que a retroatividade depende essencialmente de que “a variação da norma complementar cause verdadeira alteração da figura valorativa do Direito penal, e não uma mera circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma”, exemplificando desta forma: “o fato de que uma lei tire de certa moeda o seu caráter não tem nenhuma influência sobre as condenações existentes por falsificação de moeda, pois não variou o objeto valorativo da tutela penal, não variou a norma penal que continua sendo idêntica”.¹⁶⁷ O cerne do posicionamento, portanto, é que não seria aplicável a retroatividade para situações de mera modificação da previsão fática referível à conduta e, como consequência, o afastamento da incidência da norma à hipótese fática.

4.3.2. Diferenciação entre *abolitio criminis* e *novatio legis in melius*: retroatividade com foco nos casos de supressão do caráter ilícito do fato

Determinado setor da doutrina afirma que apenas haverá retroatividade da modificação da norma complementar à lei penal em branco caso essa modificação resulte na total supressão do caráter ilícito do fato – casos de *abolitio criminis* –, não descrevendo sua aplicação nos casos de *novatio legis in melius*. Como exemplo, destaca-se a obra de Reale Júnior, para quem as leis penais em branco são caracterizadas da seguinte forma: “a conduta, em seus dados essenciais,

¹⁶⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito...**, p. 121-122.

¹⁶⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito...**, p. 121-122.

¹⁶⁷ SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Tea, 1992, p. 257-259. O exemplo da moeda e do tabelamento de preços, muito comum na doutrina penal que versa sobre leis penais em branco, também é utilizado por Garcia, na obra: GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154-155.

vem definida na lei penal, mas a especificação sobre quais objetos recai a ação é que é deferida a outra legislação, em geral de plano inferior, como regulamentos ou portarias do Executivo”¹⁶⁸.

Conforme é possível observar, o conceito adotado de lei penal não coincide com o que foi defendido no presente trabalho, visto que segundo o autor a lei penal em branco já contém, ao menos, a essência da proibição. De qualquer forma, a partir desse conceito de lei penal em branco o autor afirma, citando como exemplo o tipo penal tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que “se a lista de substâncias entorpecentes exclui uma substância antes constante do elenco, esta supressão torna o porte dessa substância penalmente irrelevante, é uma *abolitio criminis*”, concluindo que, na referida hipótese, “deve retroagir a nova disciplina regulamentar pois integra a norma penal completando-a”¹⁶⁹. Assim, tem-se que a aplicação da retroatividade ocorrerá especialmente nos casos de descriminalização da conduta, quando ela é resultante da exclusão de um dispositivo que complementava a lei penal em branco.

Para além dos casos de *abolitio criminis*, não há referências a casos de modificações da norma complementar que não excluiriam por completo a proibição, mas apenas beneficiariam o sujeito de alguma outra forma. Por essa razão, o enfoque do posicionamento é dirigido para os casos de descriminalização da conduta por meio da exclusão da disposição complementar à lei penal em branco. De fato, trata-se da situação mais relevante e com as consequências mais sensíveis para o sujeito, já que elidiria qualquer possibilidade de punição diante da aplicação da retroatividade da lei mais benéfica. Contudo, conforme será detalhado adiante, não parece haver razão apriorística para excluir a retroatividade nos casos de *novatio legis in melius*.

4.3.3. Retroatividade benéfica apenas nos casos de ausência de necessidade da pena

Há também um setor da doutrina que utiliza a necessidade da pena com critério para a aplicação ou para o afastamento da retroatividade da modificação mais benéfica ao sujeito da norma extrapenal que complementa a lei penal em branco. Para essa vertente doutrinária, pode-se constatar a defesa do argumento de que apenas haveria aplicação retroativa da modificação caso ela afastasse a necessidade da pena, ou seja, caso transformasse significativamente toda a valoração jurídica que pode ser realizada em relação à conduta. Em essência, essa posição tem como argumento principal a ideia de que a retroatividade somente será aplicada caso “altere de forma significativa uma instituição penalmente protegida, deixando-a sem efeito e sem proteção

¹⁶⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

¹⁶⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições...**, p. 103.

jurídico-penal ou, ao menos, que signifique uma diminuição efetiva, obrigatória, e não apenas facultativa, do marco penal”, pois nesse caso não haveria necessidade preventiva da pena.¹⁷⁰

Um dos representantes dessa vertente é Silva Sánchez, que parte de um conceito de lei penal que inclui os elementos em branco da lei penal e as normas extrapenais complementares, ao afirmar que a lei penal “não é apenas o texto de um preceito contido em uma lei penal, mas também toda a regulamentação extrapenal que contribui para dotar de um conteúdo prescritivo específico o referido preceito”¹⁷¹. A partir desse conceito, afirma o autor que por meio de uma interpretação puramente gramatical seria possível concluir que se essa regulamentação “produz um efeito restritivo da punibilidade”, surge uma lei penal nova mais benéfica ao sujeito, aplicando-se plenamente a retroatividade da modificação mais benéfica¹⁷².

Todavia, embora Silva Sánchez reconheça que essa interpretação literal resultaria na aplicação da retroatividade de forma irrestrita para qualquer situação de modificação benéfica da norma de complementação, o autor passa a questionar, na sequência, se ela seria compatível com os fins do Direito Penal, afirmando que essa conclusão não seria “convicente”¹⁷³. Como argumento, o autor indica que não haveria retroatividade em determinados casos, tendo em vista que “apesar na mudança normativa produzida, continua cumprindo perfeitamente seus fins preventivos a sanção penal imposta”¹⁷⁴. Isso se daria em razão de que o indivíduo que comete a conduta que atinge bens jurídicos durante a vigência da norma anterior “realizou uma conduta de colocação em perigo relevante deles que, no entanto, hoje se pretende evitar”¹⁷⁵. Assim, tem-se como conclusão do autor que houve uma “mera modificação fática, não uma modificação na valoração jurídica, pois o comportamento realizado em um momento anterior continua estando valorado negativamente, justificando a permanência da sanção penal”.¹⁷⁶

Continuando sua argumentação, Silva Sánchez afirma que não há problema algum em interpretar restritivamente a retroatividade da lei penal mais benéfica ao sujeito a partir de uma perspectiva teleológica, ressaltando que a razão de existência da regra da retroatividade é fazer com que a pena seja afastada naquelas hipóteses de “ausência de necessidade político-criminal (preventivo-geral e preventivo-especial) da pena para os fatos que são afetados pela mudança favorável na norma que infringiram”¹⁷⁷. Segundo o autor, persistiria a necessidade da pena nos

¹⁷⁰ Nesse sentido, vide este artigo: BALDOMINO DÍAZ, Raúl. *(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco*. *Polít. crim.*, Vol. 4, n. 7, 2009), p. 147.

¹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 451.

¹⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 451.

¹⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 451.

¹⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 452.

¹⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 452.

¹⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 452-453.

¹⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 458.

casos em que “o fato cometido antes da mudança legal (da forma como cometido no passado – não certamente seria cometido hoje) segue sendo lesivo a um bem jurídico hoje pelo tipo penal correspondente”¹⁷⁸. Assim, conclui Silva Sánchez, para que não haja retroatividade da norma de complementação, o “decisivo é que o fato cometido no passado siga sendo visto como um fato perigoso para o bem jurídico, como algo de cuja comissão no futuro deve levar à dissuasão do sujeito responsável e de outros autores potenciais”¹⁷⁹.

Esse posicionamento também é compartilhado por outros autores, como García, o qual parte inicialmente de uma concepção distintiva entre modificações fáticas e jurídicas, mas que, em última análise, se ampara em um critério fundamentalmente preventivo e político-criminal, ao afirmar que a retroatividade somente poderá ser aplicada quando “a mudança que impõe a mudança na valoração jurídica faz desaparecer a necessidade preventiva geral ou especial de punir o indivíduo”¹⁸⁰. Em outra perspectiva, o autor também afirma que a retroatividade poderia ser justificada quando a mudança legal “torna a manutenção da sanção em algo desproporcional em uma perspectiva jurídico-penal própria do momento da sentença”¹⁸¹. Dessa forma, o critério limitador da retroatividade é exatamente a necessidade preventiva da pena – que permanece nos casos de mera mudança fática, como explicitado acima –, complementada por um argumento adicional inerente à proporcionalidade da punição.

4.3.4. Exceção à retroatividade da norma complementar mais benéfica ao sujeito apenas nos casos de normas complementares excepcionais ou temporárias

Por fim, como último posicionamento destacado neste trabalho, constata-se a posição do setor da doutrina segundo a qual a retroatividade da modificação mais benéfica ao sujeito da norma de complementação à lei penal em branco é a regra, apenas sendo excepcionada nas situações em que a norma de complementação é excepcional ou temporária. Em geral, a posição é vinculada a um conceito de lei penal em branco semelhante ao que foi defendido no presente trabalho, por autores que compartilham do entendimento de que as normas complementares são caracterizadas por constituírem o conteúdo proibitivo, integrando a norma penal. Afinal, essa base conceitual é aquela que leva diretamente à conclusão da retroatividade como regra.

¹⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 459.

¹⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 460-461.

¹⁸⁰ GARCÍA, José Ángel Brandariz. *La problemática de las normas penales en blanco*. In: FARALDO CABANA, P. (DIR.); PUENTE ABA, L. M. (COORD.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 106-119.

¹⁸¹ GARCÍA, José Ángel Brandariz. *La problemática...*, p. 106-119.

Um dos autores que defendem esse posicionamento é Fragoso, para o qual “em regra, a alteração dos complementos da norma penal em branco, se discriminar a ação ou beneficiar o sujeito, não pode deixar de retroagir”, tendo em vista que “as disposições que completam as leis penais em branco integram o conteúdo de fato da conduta incriminada e sua alteração representa uma nova valoração jurídica do mesmo”¹⁸². No entanto, o autor indica que essa regra não seria aplicável aos casos de leis excepcionais, citando como exemplo a hipótese do tabelamento de preços nos crimes contra a ordem econômica¹⁸³. Como argumento adicional, Fragoso invoca a suposta ausência de “nova valoração jurídica dos fatos”¹⁸⁴, o que o aproxima daquela primeira concepção abordada neste item. Contudo, como se trata de um argumento adicional e tendo em vista que o principal argumento é a exceção à retroatividade em razão das leis excepcionais, é mais adequado classificar o posicionamento neste item do presente trabalho.

Também se destaca a posição de Zaffaroni, segundo o qual “a lei extrapenal integra a lei penal, de modo que a alteração da lei extrapenal que beneficia o indivíduo deve aplicar-se retroativamente, pois se trata de um caso de aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, que se rege pelos princípios gerais da retroatividade”¹⁸⁵. Embora o autor reconheça que alguns casos de retroatividade podem levar a situações absurdas, como o do tabelamento de preços, as suas conclusões permanecem ao declarar que isso “não altera os princípios gerais”, tendo em vista que essas modificações seriam inerentes a leis “excepcionais ou temporárias”.¹⁸⁶

Utilizando também o exemplo das tabelas de preços, Prado afirma que “quando a lei penal em branco objetiva assegurar o *efeito regulador* do elemento integrador temporal contido em outro dispositivo legal – efeito de regulação das normas de referência (o injusto no momento do fato), mas não em relação às próprias normas –, aplica-se o critério da *ultratividade*”¹⁸⁷. Na sequência, o autor aponta como argumento adicional para se excepcionar a retroatividade que “além de perdurar o desvalor ético-social do comportamento, o *fator tempo* (componente do tipo penal incriminador) é tido como indispensável para garantir sua real eficácia”¹⁸⁸, de modo a aproximar a justificativa da exceção àquela inerente às leis temporárias, diferentemente de Fragoso, cuja aproximação era realizada tendo como parâmetro as leis excepcionais.

Esse posicionamento também é defendido por Queiroz, que parte exatamente do conceito de lei penal em branco de Binding e Toledo, para afirmar que as leis penas em branco

¹⁸² FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 65.

¹⁸³ FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 65.

¹⁸⁴ FRAGOSO, Heleno. A lei penal..., p. 65.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal: parte general*, tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 465.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado...*, p. 465-466.

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de...*, p. 215.

¹⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de...*, p. 215.

têm conteúdo “incompleto” e “integrado por outra regra jurídica”, e que estabelecem apenas as cominações penais, remetendo a “outras normas legais” para haver completude da conduta que é proibida¹⁸⁹. Constata-se, portanto, que o conceito adotado é exatamente de que a norma penal depende diretamente da norma complementar para se configurar, sendo essa relação de ausência de autonomia uma característica intrínseca ao conceito das leis penais em branco.

A partir desse conceito, Queiroz passa a afirmar que esse debate não ofereceria “maiores dificuldade”, pois essencialmente o tratamento oferecido às normas complementares deveria ser idêntico a de leis penais que não contêm elementos em branco¹⁹⁰. Com esse raciocínio, cita o autor que “salvo a hipótese de a norma complementar ter conteúdo temporário ou excepcional, tal como nas situações já estudadas, e pelas mesmas razões já estudadas, caso em que terá efeito ultrativo, a consequência da revogação será como regra o retroativo”¹⁹¹. Concluindo, afirma o referido autor que “se essas normas não tiverem tal caráter temporário ou excepcional, terão efeito retroativo sempre que beneficiem o réu”¹⁹². Percebe-se, portanto, que o posicionamento adotado por Queiroz é exatamente o da retroatividade como regra e da irretroatividade apenas nos casos de normas complementares excepcionais ou temporárias.

Na doutrina espanhola, o posicionamento indicado também é sustentado amplamente por Amaral, o qual afirma incisivamente que tanto na ordem jurídica espanhola como na ordem jurídica brasileira “não há outra solução a não ser aplicar a retroatividade benéfica em favor do réu em todo caso em que uma modificação do complemento da lei penal em branco reflita em uma situação favorável ao réu”¹⁹³. Todavia, continua o autor por expressar que a única exceção seria nos casos de leis excepcionais ou temporárias – destacando, nesse último caso, que deve ter sua temporalidade previamente fixada para impedir a retroatividade¹⁹⁴.

Como exemplo da ordem jurídica brasileira que foi citado por Amaral, foi realizada a tradicional referência ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – que para o debate desenvolvido neste trabalho, sequer seria uma lei penal em branco –, no qual haveria retroatividade caso a norma complementar excluísse uma substância do rol de substâncias consideradas drogas, bem como

¹⁸⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 115.

¹⁹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito**..., p. 115.

¹⁹¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito**..., p. 115.

¹⁹² QUEIROZ, Paulo. **Direito**..., p. 115.

¹⁹³ AMARAL, Luiz Renê Gonçalves do. *Leyes penales em blanco y técnicas de reenvío: enunciado, norma y tipo en el discurso legislativo del riesgo*. Dissertação (Mestrado) em Direito. Universidade de Salamanca, 2014, p. 252.

¹⁹⁴ AMARAL, Luiz Renê Gonçalves do. *Leyes*..., p. 252. Acompanham essa posição: SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 187; BACIGALUPO, Enrique. “*Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal*”. In: MONTIEL, Juan Pablo (Org.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 73; PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Norma penal em branco: retroatividade benéfica”. In: **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 100, mar/2001.

o da modificação de tabelas de preço para os crimes contra a economia popular, caso em que não haveria retroatividade, por se considerar uma lei temporária¹⁹⁵. Os exemplos citados por Queiroz serão debatidos em maiores detalhes posteriormente, mas servem desde logo como demonstração do posicionamento descrito neste item, elucidando melhor suas consequências em tipos penais específicos.

4.4. Análise crítica dos posicionamentos abordados e tomada de posição

Acima, foram destacados os principais posicionamentos em meio ao debate concernente à retroatividade da norma complementar mais benéfica ao sujeito, perpassando as posições que não reconhecem ser aplicável a retroatividade, aquelas que defendem uma ampla retroatividade e, ainda, as posições intermediárias, que embora reconheçam a retroatividade, de alguma forma a limitam por meio da aplicação de critérios ou requisitos específicos. A partir dessa exposição, torna-se possível analisar criticamente os referidos posicionamentos e, por conseguinte, levar a uma tomada de posicionamento ao final deste item. A análise crítica é realizada conjuntamente para evitar eventuais reiterações que servem para mais de um posicionamento, dentre aqueles que foram destacados nos itens anteriores. Feitos esses esclarecimentos, vejamos quais são os aspectos mais importantes que fundamentam as críticas e a posição adotada neste trabalho.

4.4.1. Coerência quanto às implicações do conceito de lei penal em branco

O primeiro e mais relevante aspecto a ser destacado é a coerência conceitual com aquilo que se entende por uma lei penal em branco. O elemento central desse aspecto reside em uma avaliação sobre se o conceito adotado é que a lei penal em branco isoladamente não é capaz de configurar a norma penal e o conteúdo da proibição, sendo indispensável a existência da norma complementar¹⁹⁶, ou se a lei penal em branco, isoladamente, contém a norma penal e a norma de complementação é apenas um acessório que especifica o conteúdo da proibição¹⁹⁷. A partir dessa avaliação e da adoção de um ou outro conceito, o essencial é manter coerência quanto às implicações desses conceitos no âmbito da retroatividade da lei penal em branco, pois cada um deles irá necessariamente resultar em compreensões distintas sobre a retroatividade.

¹⁹⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito...**, p. 115.

¹⁹⁶ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 112.

¹⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 543 e ss.

Em outras palavras, isso significa afirmar que se o primeiro conceito é defendido, assim como no presente trabalho, então a consequência necessária é admitir, ao menos minimamente, que a modificação mais benéfica da norma complementar retroaja em favor do sujeito. Afinal, nesse caso a norma complementar constitui a proibição e, portanto, sua aplicação temporal irá seguir as disposições que se referem à própria proibição. Por outro lado, caso seja defendida a posição de que a norma complementar é secundária e um mero acessório, dispensável à norma penal e cuja ausência não obsta sua existência, então a consequência lógica e necessária é que se imponha a irretroatividade da modificação mais benéfica do complemento.¹⁹⁸

Portanto, independentemente do posicionamento adotado, é essencial que ao menos se resguarde a coerência conceitual, sobretudo no que concerne às implicações de cada conceito na análise da retroatividade da norma de complementação mais benéfica ao sujeito. A partir dessa coerência conceitual é que a posição tomada neste trabalho tem sua pedra fundamental, sendo certo que todas as conclusões a seguir desenvolvidas – que parcialmente foram citadas, de forma objetiva e menos detalhada, nos itens anteriores – partem dessa base comum e visam à observância da coerência em face do conceito de lei penal adotado.

4.4.2. Conceito adotado no trabalho e a necessidade de reconhecer a retroatividade da modificação mais benéfica ao sujeito da norma complementar à lei penal em branco

Reiterou-se no item anterior que o conceito de lei penal em branco que foi defendido neste trabalho é demarcado pela dependência do elemento em branco em relação à norma complementar, de modo que a norma penal apenas pode existir a partir do conjunto de ambos¹⁹⁹. Ocorre que a adoção desse conceito tem implicações diversas, dentre as quais pode-se destacar suas consequências no âmbito da aplicação da retroatividade quanto à modificação mais benéfica ao sujeito da norma complementar à lei penal em branco.

A primeira das implicações é que a adoção desse conceito leva à afirmação de que a norma complementar – embora tenha origem necessariamente em um dispositivo de natureza extrapenal – sempre integrará o conteúdo da proibição penal, razão pela qual é considerada, para os efeitos de Direito Penal intertemporal, uma lei penal. Ou seja, como ela é constitutiva da norma penal, seu conteúdo é de natureza penal, aplicando-se a ela as normas desse âmbito.

Nesse sentido é o posicionamento de Córdoba, para quem as normas complementares a leis penais em branco irão retroagir em caso de mudança mais benéfica ao sujeito por serem

¹⁹⁸ Assim como defendido nesta obra: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 543 e ss.

¹⁹⁹ Novamente, vide: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos...**, p. 112.

ínsitas à própria norma penal, “partes integrantes da lei penal”²⁰⁰, ainda que estejam situadas no âmbito extrapenal. Evidentemente, se a norma complementar integra a norma penal, seu tratamento no que se refere aos princípios constitucionais e infralegais, especialmente do âmbito penal, devem valer igualmente para a norma de complementação.²⁰¹

Dessa interpretação da lei penal resulta que a disposição contida no art. 5º, inciso XL da Constituição da República, segundo a qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” é plenamente extensível às normas complementares das leis penais em branco, conquanto elas constituam a proibição. No âmbito infraconstitucional, sequer é necessário interpretar de forma extensiva os dispositivos que versam sobre a retroatividade, visto que o art. 2º, *caput*, do Código Penal, define o seguinte: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. O parágrafo único do referido dispositivo, por sua vez, assim determina: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Como é possível observar, no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro sequer é necessário indicar que a norma complementar retroagirá a despeito de não ser da seara penal, pois o Código Penal utilizada a expressão “lei” de forma genérica, sem restringi-la ao âmbito penal. Além disso, a cláusula aberta “que de qualquer modo favorecer o agente” também leva à possibilidade de vinculação das regras da retroatividade às normas complementares, visto que a mudança benéfica ocorrida na norma complementar necessariamente irá favorecer o sujeito em alguma medida, ainda que não seja excluindo completamente a punibilidade da conduta.

Além do respeito à legalidade estrita, pela garantia de aplicação dos dispositivos acima indicados, a retroatividade da norma complementar também se justifica sob a perspectiva do princípio da isonomia, pois não seria equânime punir mais gravemente um indivíduo que outro, apenas em razão do momento de prática de sua conduta, bem como da proporcionalidade, sob a perspectiva da proibição do excesso, considerando que o Estado deve ser entendido como instrumento a serviço da liberdade pessoal e sua atuação deve ser pautada na melhoria das

²⁰⁰ Vale apontar que o autor expressamente afasta a possibilidade de retroatividade nos casos de elementos normativos do tipo, pois nessa hipótese a norma complementar não integraria a norma penal.

²⁰¹ Interessante análise é realizada sobre o assunto por Thompson, após a qual chega a uma conclusão idêntica ao afirmar que “temor por assentado que a completiva (homogênea ou heterogênea) é lei penal. Destarte, todas as regras comunas às demais leis penais são aplicáveis. Inclusive a do art. 2º do Código Penal”. THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrée. Lei penal em branco e retroatividade benéfica. Tese de livre docência da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, separada do volume 19 da Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1968, p. 267.

margens sociais de liberdade²⁰². Esses princípios também se dirigem à norma complementar em razão de sua natureza constitutiva da norma penal.

Essa conclusão afasta, conseqüentemente, uma posição segundo a qual a irretroatividade do complemento deveria ser a regra e que defende a seguinte ideia: “a norma penal em branco válida é aquela que contém o núcleo essencial da conduta punível descrito no preceito primário da norma incriminadora”²⁰³. Afinal, a concepção defendida é exatamente no sentido de que as leis penais em branco se caracterizam por não conter o núcleo da proibição sem uma vinculação à norma complementar. Não se questiona se outros elementos do tipo penal – como elementos normativos – poderiam ser avaliados sob essa perspectiva – o que não estaria incluído no escopo desta pesquisa –, mas essa concepção é incompatível com o conceito adotado neste trabalho. Por isso, o conceito de lei penal em branco utilizado no presente trabalho leva à necessária conclusão de que a retroatividade da modificação mais benéfica do complemento da lei penal em branco é a regra, impondo-se na quase totalidade dos casos.

4.4.3. Análise sobre os posicionamentos intermediários e demonstração sobre a idoneidade de exceções específicas à retroatividade da lei mais benéfica

Ainda que a regra seja o reconhecimento da retroatividade da modificação mais benéfica ao sujeito na norma complementar à lei penal em branco, pode-se questionar se essa regra se imporá em quaisquer circunstâncias, sobretudo diante das posições intermediárias abordadas acima. Ou seja, trata-se de questionar se os critérios utilizados por essas posições são idôneos e se podem efetivamente afastar a retroatividade, ou se não há razão para que tenham essa consequência no âmbito da análise intertemporal da norma complementar à lei penal em branco.

O primeiro posicionamento intermediário analisado foi aquele segundo o qual haveria de se fazer uma distinção entre modificações fáticas e jurídicas. Nas palavras de Silva Sánchez, que não compartilha da concepção, mas a descreve com precisão, a concepção indicada defende que “a nova regulamentação, mais favorável ao réu, não seria aplicável retroativamente quando sua introdução se devesse à avaliação de uma mudança de circunstâncias, ou seja, um elemento fático”²⁰⁴. Pensamos que a concepção não oferece respostas muito concretas aos problemas da retroatividade na modificação mais benéfica ao sujeito do complemento da lei penal em branco.

²⁰² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

²⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 540 e ss.

²⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 441.

Afinal, a análise sobre a incidência da retroatividade pressupõe uma modificação jurídica: trata-se de uma análise sobre o Direito Penal intertemporal, e não da variação, ao longo do tempo, em uma circunstância fática. Em outras palavras, se houver apenas uma mudança fática, e não jurídica, sequer existirá uma lei nova mais favorável ao sujeito. Ainda que eventualmente uma mudança fática pudesse influenciar a interpretação jurídica, ela não a determinaria inteiramente.

Trata-se, portanto, de uma posição que se dirige a um problema totalmente alheio ao da retroatividade da norma complementar, ou de simples problemas de subsunção entre o fato e a norma. Mesmo nas leis temporárias, o que existe é uma disposição jurídica de vigência que é previamente estabelecida, sendo essa disposição que resulta na avaliação da retroatividade, e não uma mudança nos fatos correspondentes. Ademais, essa ideia resulta em uma explicação pernicioso para afastar a retroatividade, pois os exemplos usualmente invocados se referem a uma modificação jurídica, e não fática. Um dos referidos exemplos, apenas para registro, seria da redução nos limites de velocidade no trânsito em algumas ruas²⁰⁵. Ora, a mudança no caso é exatamente jurídica e opera internamente ao Direito e a circunstância fática – de dirigir acima da velocidade – não se modifica de forma alguma. Por essa razão, o posicionamento não resolve o problema da retroatividade, que é sobretudo jurídico e pressupõe uma alteração que afete a norma penal, além de que a concepção possibilita injustificável afastamento da retroatividade. Inclusive, invocar uma modificação fática não seria justificável, pois a apreciação jurídica nova deveria se desdobrar apenas a fatos futuros e os fatos passados sequer seriam modificados.

Também se considera não haver razão alguma para diferenciar casos de *abolitio criminis* e de *novatio legis in mellius* quanto à retroatividade da modificação mais benéfica ao sujeito que é verificada na norma complementar à lei penal em branco. Embora certos autores desenvolvam esse debate com enfoque na *abolitio criminis*²⁰⁶, é certo que desde a perspectiva legalistas, tem-se a disposição do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, para o qual “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Constata-se nessa disposição que não há sequer uma restrição da retroatividade à lei “penal”, fazendo com que toda espécie de lei – ainda que complementar e de natureza extrapenal – retroaja em favor do sujeito.

Portanto, tanto nos casos de descriminalização de condutas como nos casos em que a lei nova favoreça de qualquer modo o sujeito, haverá retroatividade. Embora se tenha afirmado em um dos capítulos anteriores que casos de *novatio legis in mellius* são menos frequentes na seara das leis penais em branco, destaca-se um exemplo que consiste nos crimes de forma vinculada,

²⁰⁵ MAURACH, Reinhart. Tratado I, p. 144 *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Legislación...*, p. 440.

²⁰⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

nos quais há uma vinculação das formas específicas pelas quais a ofensa ao bem jurídico deve ser realizada pelo sujeito. Em hipóteses específicas como essa, tratando-se de uma lei penal em branco e modificando-se a conduta vinculada de forma mais favorável ao sujeito, há também a retroatividade que lhe beneficiará, assim como nos casos de *abolitio criminis*²⁰⁷. Assim, não há razão para restringir a retroatividade ou dirigir seu enfoque para uma ou outra hipótese.

Outro posicionamento abordado neste trabalho sustentou que a retroatividade somente ocorreria nos casos de ausência de necessidade da pena, sendo esse o caso de Silva Sánchez, no sentido de apenas haveria retroatividade quando houvesse a “ausência de necessidade político-criminal (preventivo-geral e preventivo-especial) da pena para os fatos que são afetados pela mudança favorável na norma que infringiram”²⁰⁸. Discorda-se quase integralmente do referido posicionamento, em primeiro lugar pois em nosso sistema jurídico ele representa uma violação direta à legalidade: não se pode invocar uma razão de necessidade político-criminal que sequer está prevista em lei para afastar a disposição legal expressa do art. 2º, parágrafo único, de nosso Código Penal, especialmente quando essa interpretação prejudica o sujeito. Além disso, quando o autor se ampara no conceito de modificação meramente fática²⁰⁹, acaba incorrendo em todos os equívocos do posicionamento que delimita a retroatividade a partir de uma distinção fática ou jurídica, os quais já foram elencados acima.

Outro problema da posição se refere à perspectiva adotada, pois o tratamento oferecido à retroatividade é como se sua justificativa fosse a necessidade preventiva da pena, como uma condição para sua aplicação. Contudo, a única perspectiva que resguarda a legalidade é aquela que reconhece a retroatividade como regra a partir das disposições legais pertinentes ao tema, independentemente de qualquer razão político-criminal para tanto. Vale dizer: a justificativa deve sempre estar amparada na legalidade, ainda que se explique a retroatividade por uma razão de política criminal, como a ausência de necessidade preventiva da pena.

Por outro lado, sustentando esse posicionamento, Silva Sánchez afirma que o decisivo para que a retroatividade seja afastada seria que “o fato cometido no passado siga sendo visto como um fato perigoso para o bem jurídico, como algo de cuja comissão no futuro deve levar à dissuasão do sujeito responsável e de outros autores potenciais”²¹⁰. Nesse argumento, a ideia é mais acertada e compatível à legalidade, pois tem a retroatividade como pressuposto geral e

²⁰⁷ A doutrina costuma citar como exemplo o delito de curandeirismo, previsto no art. 284 do Código Penal, como um crime de forma vinculada. Embora realmente seja um crime de forma vinculada, não se trata de uma lei penal em branco, pois o termo “curandeirismo” em si revela algum significado proibitivo e, além disso, a norma complementar não tem natureza extrapenal, estando no próprio Código Penal.

²⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 458.

²⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 452-453.

²¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación...*, p. 460-461.

apenas a excepciona nos casos em que permaneça uma necessidade preventiva da pena. Embora a perspectiva da retroatividade como regra seja mais correta e vinculada à legalidade, também se discorda da justificativa lançada pelo autor para o afastamento da retroatividade, já que uma mudança no complemento já indicaria uma mudança valorativa que obstaría a punição.

A única justificativa plausível para o afastamento da retroatividade, no que concerne à necessidade preventiva da pena, seria nas situações em que a mudança da norma complementar fosse meramente para atualizar uma disposição referente a determinada circunstância fática, de modo a manter-se plenamente idêntico o conteúdo proibitivo da conduta. Como exemplo, tem-se o primeiro da introdução deste trabalho, no qual um Prefeito Municipal foi denunciado pelo delito previsto no art. 337-E do Código Penal, pois dispensou uma licitação para um serviço de engenharia de R\$35.000,00, cuja dispensa era proibida até então. Contudo, posteriormente, foi publicada uma nova lei de licitações segundo a qual, nos casos de serviços de engenharia, as licitações passariam a ser dispensáveis até o valor de R\$100.000,00. Com base nesse exemplo, caso fosse demonstrado que o valor atualizado seria apenas uma correção monetária para que o valor correspondesse aos valores atuais da moeda brasileira, não haveria justificativa para que a retroatividade fosse aplicada em relação ao sujeito. Por outro lado, verificando-se que a mudança no valor não se limitou a atualização monetária, o complemento benéfico deveria retroagir. Raciocínio semelhante pode ser aplicado em crimes contra a economia popular que envolvam atualização de tabela de preços, visto que nesses casos não há qualquer modificação do conteúdo do injusto, mas mera atualização monetária do valor, de forma a garantir a manutenção do valor real.

Isso não ocorreria exatamente em razão da necessidade de punição do indivíduo para dissuadir terceiros de praticarem idênticas condutas, mas por uma simples razão de ausência de real modificação na norma complementar: o conteúdo de injusto permanece idêntico, já que o valor apenas foi corrigido para se adequar ao novo valor da moeda. Como é possível perceber, trata-se de uma situação extremamente específica, de complexa demonstração e cujo ônus de provar a ausência de modificação concreta da norma em relação à anterior incumbiria à acusação, pois a regra permanece sendo a retroatividade da modificação mais benéfica da norma. Nada obsta, ainda, que se argumente que nesses casos haverá necessidade preventiva da pena, sendo essa a razão jurídica fundamental, no âmbito penal, para afastar a retroatividade. Afinal, se não houve efetivamente uma modificação no conteúdo do injusto, a necessidade preventiva da pena não se modifica, permanecendo a responsabilização nos moldes da norma antecedente. Tudo isso, evidentemente, sem recorrer à desnecessária distinção entre modificação fática e jurídica.

O último posicionamento intermediário abordado neste trabalho foi aquele que propõe excepcionar a retroatividade nos casos de leis temporárias ou excepcionais, conforme defendido por Queiroz ao afirmar que “salvo a hipótese de a norma complementar ter conteúdo temporário ou excepcional, tal como nas situações já estudadas, e pelas mesmas razões já estudadas, caso em que terá efeito ultrativo, a consequência da revogação será como regra o retroativo”²¹¹. A posição indicada está em consonância com a que é sustentada neste trabalho. Afinal, se definiu-se a norma complementar como tendo uma natureza penal a despeito de seu conteúdo extrapenal, então todo o tratamento dispensado às leis penais pode ser direcionado aos complementos de seus elementos em branco, tanto para aplicar, como para afastar a retroatividade.

A fundamentação jurídica para excepcionar a aplicação da retroatividade nesses casos, conforme anteriormente descrito, está parcialmente contida no art. 3º do Código Penal, para o qual “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”. Aqui também não há uma restrição à lei “penal”, sendo utilizado o termo “lei” de forma genérica, o que não obsta que a disposição se dirija à norma complementar de natureza extrapenal.

Pode-se questionar se seria possível uma interpretação restritiva do termo “lei”, de modo que alcançasse apenas a lei penal em sentido estrito e, portanto, excluindo os complementos da lei penal em branco, por serem extrapenais – ainda que tenham conteúdo constitutivo da norma penal. Não é possível refutar peremptoriamente esse argumento, pois uma interpretação como essa não encontraria óbices perante os princípios interpretativos penais²¹². Contudo, da mesma forma que fora argumentado em relação às leis penais em sentido estrito e, de forma geral, aos preceitos incriminadores, no sentido de que eventual aplicação da retroatividade nesses casos teria como consequência um absoluto esvaziamento da eficácia da proibição. Afinal, haveria o amplo conhecimento prévio de que sua vigência se encerraria em um momento específico, já conhecido, e após o momento de encerramento da vigência não haveria responsabilização – em razão da retroatividade –, então qualquer sujeito saberia que jamais poderia ser futuramente responsabilizado pela conduta praticada²¹³.

²¹¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito...**, p. 115.

²¹² Sabe-se que o princípio reitor da interpretação em Direito Penal é o princípio da legalidade, e uma de suas mais expressivas decorrências é a *lex stricta*, que exclui qualquer possibilidade de analogia em prejuízo do réu, como é explicado por Toledo em sua obra: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...**, p. 26. Segundo o autor, o princípio da legalidade “não obsta, obviamente, a aplicação da analogia *in bonam partem*”, a qual encontra sua justificativa no princípio da equidade TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios...**, p. 27. No caso indicado, trata-se de espécie interpretativa favorável ao réu, razão pela qual não há qualquer dúvida de que é compatível com a legalidade.

²¹³ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 169.

No caso das normas complementares às leis penais em branco, a situação é semelhante, pois como elas constituem a norma penal, a perda de sua vigência traz consequências idênticas às daquelas da *abolitio criminis* ou de *novatio legis in melius*, conforme indicado acima. Assim, se cogita o exemplo de uma norma complementar que define um excepcional período de cinco meses no qual todas as pessoas que possuem embarcações tenham de transmitir sua localização em tempo real para fiscalizar eventuais danos ao meio ambiente, de modo a consubstanciar a norma penal correspondente ao tipo penal do art. 68 da Lei 9.605/1998. Outra situação exemplificativa seria no caso de uma norma complementar que proibisse aglomerações no período da pandemia, complementando o tipo penal do art. 268 do Código Penal. Se fosse aplicada a retroatividade benéfica nesses casos, não haveria qualquer finalidade preventiva para a pena cominada a esses delitos, pois todos saberiam que a conduta não seria punida, bastando o decurso do tempo para a exclusão da responsabilidade do sujeito. Portanto, tem-se como plenamente aplicáveis as exceções da retroatividade nos casos de normas complementares às leis penais em branco que sejam temporárias ou excepcionais, pelas razões expostas acima.

4.5. Síntese da pesquisa e das posições adotadas no trabalho

Este trabalho analisou diversos aspectos sobre as leis penais em branco e a aplicação do Direito Penal intertemporal, especialmente no que concerne às delimitações conceituais sobre as leis penais em branco e a aplicação da retroatividade quanto à norma complementar – nesse aspecto, com especial enfoque às modificações da norma complementar que de alguma forma sejam mais benéficas ao sujeito. Com fundamento nessa análise, foi possível alcançar diversas conclusões, que serão sintetizadas nos itens abaixo:

1. Prefere-se empregar a expressão “lei penal em branco” em detrimento de “norma penal em branco”, pois a norma penal apenas pode ser constatada integralmente, já integrada pela norma complementar. Dessa forma, não pode haver dispositivo de complementação que não seja vinculado à norma penal, e não pode existir norma penal sem que ambos estejam visíveis na situação: tanto o elemento em branco, como aquele que o complementa, cuja norma penal a ser violada lhes estará implícita e apenas é apreensível a partir de seu conjunto.
2. No que concerne ao conteúdo e extensão da remissão, adota-se uma concepção intermediária, que consiste em assumir que as leis penais em branco são todas

aquelas cujo significado não pode ser alcançado sem a verificação ato normativo complementar extrapenal ao qual se reportam, dependendo dessa norma de complementação para consubstanciar o conteúdo do injusto penal.

3. Os elementos normativos do tipo não se prestam a concretizar a norma penal, nem a conferir ao tipo penal algum juízo antecipado sobre a ilicitude da conduta, sendo mais relevantes para o âmbito interpretativo de circunstâncias secundárias do tipo penal. Diferenciam-se dos elementos em branco da lei penal, os quais se referem a imperativos externos à lei penal, cuja observância compõe o injusto penal e concede um sentido ao tipo penal correspondente.
4. No que tange aos elementos de valoração global do fato, estes realizam, em essência, a antecipação do juízo material de ilicitude em uma configuração específica, vinculada com as características do caso concreto, integrando-o no tipo penal. Dessa forma, os elementos de valoração global do fato se diferenciam substancialmente das leis penais em branco pois nelas o elemento complementar não determina um juízo de ilicitude, mas sim de tipicidade, que é geral e abstrato, que integra e completa a norma penal, sendo compatível com possíveis causas de justificação.
5. Não há qualquer restrição para a fonte formal da norma de complementação das leis penais em branco, de modo que as normas complementares às leis penais em branco podem advir de qualquer fonte normativa, sejam elas emanadas do Congresso Nacional ou de algum ato administrativo, desde que correspondente estritamente ao termo empregado pelo elemento em branco da lei penal.
6. O âmbito material da norma complementar é delimitado pela necessidade de que ela seja um dispositivo extrapenal. A delimitação se justifica, tendo em vista que toda a complexidade envolvendo leis penais em branco apenas se faz presente quando o elemento de complementação é extrapenal, já que a complementação por outra lei penal seria apenas uma inútil repetição do preceito incriminador.
7. Embora seja possível questionar a legitimidade das leis penais em branco, deve-se considerar que elas são uma realidade, impondo-se o debate em torno de sua aplicação para trazer maior precisão nos conceitos utilizados, visando à exclusão

do objeto do debate de elementos que não são em branco, mas que são elementos normativos do tipo ou elementos de valoração global do fato. Além disso tem-se como essencial a finalidade de buscar maior segurança jurídica, que é um dos principais objetivos da dogmática penal, e que apenas pode ser efetivada quanto às leis penais em branco a partir de certos pressupostos conceituais.

8. A regra geral da aplicação da lei penal no tempo – denominada como Direito Penal intertemporal – é a do *tempus regit actum*, ou seja, a lei penal aplicável é aquela vigente no momento da prática da ação ou omissão, independentemente do momento em que ocorreu o resultado, conforme art. 4º do Código Penal.
9. No âmbito da sucessão de leis penais no tempo, a regra geral é da irretroatividade da lei penal, conforme dispõem o art. 5º, incisos XXIX e XL, da Constituição da República de 1988. A irretroatividade é igualmente aplicável em situações de leis novas que criminalizam condutas – *novatio legis incriminadora* – e de leis novas que modificam circunstâncias em prejuízo do sujeito – *novatio legis in pejus*.
10. Há disposições constitucionais e legais que excepcionam a irretroatividade para os casos em que uma lei nova seja, de qualquer forma, mais benéfica ao sujeito. As exceções estão amparadas pela aplicação da retroatividade da lei nova que é mais benéfica ao sujeito, expressa no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República de 1988, bem como o art. 2º, caput e parágrafo único, do Código Penal.
11. Haverá retroatividade da lei penal tanto no caso de leis novas que promovam a descriminalização de condutas – *abolitio criminis* – como em casos de leis novas benéficas que de qualquer forma beneficiem o sujeito – *novatio legis in melius*.
12. O critério aplicado para definição da lei mais benéfica deve ser necessariamente comparativo e consequencial, buscando hipoteticamente a aplicação de cada lei e avaliando as consequências concretas e finais para o caso, de modo a identificar quais consequências serão mais favoráveis ao sujeito, como exclusão da tipicidade, dentre outras.

13. Nas leis novas parcialmente mais benéficas, aplica-se a irretroatividade para a parte que for mais prejudicial ao sujeito e a retroatividade para a parte que lhe for mais benéfica, como seria realizado se fossem dispositivos distintos.
14. Quanto às leis penais temporárias e excepcionais, foi possível identificar que nesses casos há evidente exceção à retroatividade da lei penal mais benéfica, sendo afirmada a aplicação de condutas incriminadas por essas leis após encerrada sua vigência. Essas espécies legislativas são constitucionais e aplicáveis em nosso ordenamento jurídico brasileiro, não apenas por seus fundamentos, mas também tendo em vista a disposição expressa do art. 3º do Código Penal.
15. Há um setor doutrinário que sustenta a irretroatividade absoluta do complemento da lei penal em branco mais benéfico ao agente. O único pressuposto teórico que se poderia utilizar para fundamentar a posição é que uma norma complementar à lei penal em branco não constitui, essencialmente, o injusto penal, tratando-se apenas de um requinte, como um acessório à proibição que é revelada apenas a partir do próprio elemento em branco.
16. Outro setor da doutrina defende que a modificação mais benéfica ao sujeito de uma norma complementar à lei penal em branco sempre deverá ter efeitos retroativos em relação a fatos praticados anteriormente à sua vigência, resultando na defesa de uma retroatividade irrestrita das mudanças mais benéficas ao sujeito da norma complementar. O referido posicionamento usualmente é sustentado por autores que compartilham do conceito de lei penal em branco que também é defendido no presente trabalho.
17. Há também concepções intermediárias e a primeira delas que foi analisada neste trabalho é aquela que realiza certa diferenciação entre circunstâncias fáticas e jurídicas, indicando que apenas haveria a retroatividade quando houvesse uma mudança na apreciação jurídica da conduta pela norma complementar.
18. Parte da doutrina coloca enfoque na *abolitio criminis* em detrimento da *novatio legis in melius*, afirmando e exemplificando casos de retroatividade apenas nas

hipóteses de total descriminalização da conduta pela nova norma complementar, seja por meio de revogação do complemento, seja por disposição expressa.

19. Outra concepção intermediária propõe analisar a retroatividade a partir de uma avaliação da ausência de necessidade da pena, sustentando que a retroatividade deveria ser afastada quando apesar na mudança normativa produzida, continue cumprindo perfeitamente seus fins preventivos a sanção penal imposta.
20. Existe ainda uma concepção intermediária segundo a qual a retroatividade das normas complementares mais benéficas ao a sujeito apenas seria afastadas em casos de normas complementares excepcionais ou temporárias.
21. Avaliando conjuntamente essas concepções, o primeiro fundamento apresentado neste trabalho é que o mais essencial em todo o debate é manter total coerência quanto às implicações dos conceitos das leis penais em branco na discussão sobre a retroatividade da norma complementar mais benéfica ao sujeito, pois cada conceito resultará em compreensões distintas sobre a retroatividade.
22. Nesse sentido, adotando-se um conceito de lei penal em branco como o que foi sustentado neste trabalho – e afirmado a dependência do elemento em branco da norma complementar para consubstanciar a norma penal –, necessariamente se deve afirmar a retroatividade benéfica como regra.
23. Essa conclusão decorre, em uma primeira perspectiva, do fato de que as normas complementares, ainda que tenham conteúdo extrapenal, têm natureza penal, já que são partes integrantes da lei penal. Isso implica à aplicação de todas as regras de Direito Penal intertemporal às normas complementares.
24. A partir dessa análise, constata-se que a disposição contida no art. 5º, inciso XL da Constituição da República aplica-se plenamente às normas complementares, além de que o art. 2º, *caput*, do Código Penal, não restringe as leis retroativas às leis “penais”, também sendo aplicável às normas complementares.
25. Os princípios da isonomia e da proporcionalidade, que são utilizados como base para afirmar a retroatividade quanto às leis penais, também são aplicáveis para as normas complementares, considerando que elas compõem a norma penal.

26. Assim, a regra geral é reconhecer a retroatividade da norma complementar que de qualquer forma beneficie o sujeito, aplicando-a para todas as condutas que foram cometidas antes de sua vigência.
27. A primeira exceção a essa regra consiste nos casos em que, embora formalmente exista alguma modificação jurídica na norma complementar, materialmente não existe qualquer modificação, pois se trataria apenas de uma atualização objetiva do conteúdo da proibição, incumbindo o ônus dessa demonstração à acusação.
28. Essa regra também é excepcionada nos casos de normas complementares que sejam temporárias ou excepcionais, diante da interpretação literal e estrita das disposições do art. 3º do Código Penal, bem como para garantir uma mínima efetividade à proibição e, assim, primando pela função preventiva da pena.

5. CONCLUSÃO

A partir de uma análise crítica que envolveu todo o panorama do debate jurídico-penal em torno da retroatividade da norma complementar à lei penal em branco mais benéfica ao sujeito, foi possível, inicialmente, rememorar o conceito de que as leis penais em branco são preceitos incriminadores que dependem diretamente da norma complementar – de natureza penal e conteúdo extrapenal – para consubstanciar a proibição, ou seja, a norma complementar constitui a norma penal conjuntamente com o elemento em branco da lei penal, de forma interdependente. Partindo desse conceito, verificou-se que a retroatividade da modificação mais benéfica ao sujeito é a regra geral, impondo-se na quase totalidade dos casos, seja por força do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e a ausência de restrição da expressão “lei” ao âmbito penal, seja em razão dos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

Como primeira exceção a essa regra geral, pôde-se argumentar pelas situações em que, embora formalmente exista uma modificação jurídica na norma complementar, materialmente não existe qualquer modificação, pois se trataria apenas de uma atualização objetiva do conteúdo da proibição, incumbindo o ônus dessa demonstração à acusação. Por fim, também é excepcionada a aplicação da retroatividade nos casos de normas complementares que sejam temporárias ou excepcionais, diante da interpretação literal e estrita das disposições do art. 3º do Código Penal, bem como para garantir uma mínima efetividade à proibição e, por conseguinte, primando pela função preventiva da pena.

A investigação realizada neste trabalho e o conjunto de seus resultados, sobretudo do posicionamento sustentado nos itens anteriores, permite o redirecionamento do debate aos casos que foram citados na introdução. Nesse momento, é possível avaliar os casos indicados a partir dos conceitos abordados e do posicionamento sustentado, de modo a demonstrar como o tema da investigação pode repercutir, em termos práticos, na aplicação do Direito Penal, buscando à maior segurança jurídica por meio da dogmática penal. Dessa forma, adiante estão elencados cada caso da introdução e suas respectivas resoluções.

Caso 1: O indivíduo A, Prefeito Municipal, foi denunciado pelo delito previsto no art. 337-E do Código Penal. A conduta imputada na denúncia foi referente à realização de uma contratação direta, sem procedimento licitatório, para um serviço de engenharia no valor R\$35.000,00, em desacordo com a lei vigente à época dos fatos, incorrendo no crime do artigo mencionado. Ocorre que, posteriormente, foi publicada uma nova lei de licitações alterando os valores que determinam as hipóteses de dispensabilidade da licitação. Com essa alteração, a licitação que era exigível por lei à época dos fatos, passou a ser dispensável, visto que nos casos de serviços de engenharia as licitações passaram a ser dispensáveis até o valor de R\$150.000,00.

O tipo penal imputado nesse caso é aquele do art. 337-E do Código Penal, que proíbe a conduta de “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”. Constata-se que a expressão “fora das hipóteses previstas em lei” depende totalmente de uma norma de complementação para ter significado, razão pela qual o preceito citado deve ser considerado uma lei penal em branco. No momento de prática da conduta, era vigente a Lei n. 8.666/1993, que determinava a necessidade de realização de licitação da modalidade convite até o valor de R\$ 150.000,00 para serviços de engenharia, sendo essa a norma complementar. Como a conduta de A realizou contratação direta para serviço de engenharia cujo valor está na margem determinada pela norma complementar, a contratação violou a norma penal, tratando-se de uma conduta típica. Com o advento da Lei n. 14.133/2021, passou a existir determinação expressa de que é dispensável a licitação “para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia”, conforme disposto em seu art. 75, inciso I. Trata-se, portanto, de uma norma complementar mais benéfica ao sujeito, pois aumenta os limites de contratação direta, restringindo, portanto, a abrangência do tipo penal. É de se ressaltar, ainda, que não se trata de uma modificação meramente atualizadora do valor e, também, que não se trata de uma norma temporária ou excepcional – assim como a norma que a precedeu –, de modo que deverá retroagir em benefício de A. Com sua retroatividade, exclui-se qualquer possibilidade de responsabilização de A pelo conduta praticada.

Caso 2: O indivíduo B foi denunciado pelo delito previsto no art. 268 do Código Penal, que prevê a tipificação da infração de determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. A conduta imputada na denúncia foi a de promover uma festa em sua propriedade, na qual muitas pessoas se encontravam sem máscara ou equipamento de proteção, violando o decreto editado no estado de sua residência, que proibia esse tipo de aglomeração, enquanto durasse a situação de epidemia que ocorria naquele local. Alguns meses depois, a situação de epidemia teve fim, sendo revogado o mencionado decreto.

Nesse caso, a imputação foi a título do art. 268 do Código Penal, que tipifica a conduta de “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. A expressão “Infringir determinação do poder público” também não pode ter seu sentido apreendido sem a observância da determinação referida, razão pela qual se trata de um elemento em branco da lei penal. Dessa forma, a determinação do poder público consiste em uma norma complementar à lei penal em branco, submetendo-se, por essa razão, a todos os critérios de Direito Penal intertemporal aplicáveis às normas complementares das leis penais em branco. No caso indicado, a retroatividade é a regra, contudo a determinação é claramente uma norma excepcional, pois era expressamente previsto que ela teria vigência apenas enquanto “durasse a situação de epidemia que ocorria naquele local”. Por conseguinte, o caso se subsume a uma das exceções à retroatividade citadas neste trabalho, por se tratar de norma excepcional, não havendo a retroatividade e, portanto, mantendo-se a responsabilização do indivíduo B pela prática do art. 268 do Código Penal.

Caso 3: O indivíduo C foi denunciado pelo delito previsto no art. 68 da Lei 9.605/1998, que consiste em deixar de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental, aquele que tem dever legal ou contratual de cumpri-la. A conduta imputada na denúncia foi a de violar instrução normativa da autoridade competente que exigia a instalação, na embarcação de sua propriedade, de equipamento que permite a emissão de sinais por sistema de satélite, essencial à fiscalização ambiental. Posteriormente, o conteúdo da referida instrução normativa foi alterado, deixando de ser exigida a instalação desse equipamento, por não ser mais necessário à fiscalização.

A hipótese em exame versa sobre imputação do art. 68 da Lei 9.605/1998, para o qual é proibida uma conduta de “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”. Conforme é possível observar, a expressão “aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo” é esvaziada de significado de forma autônoma, dependendo diretamente de complementação e tratando-se, por conseguinte, de um elemento em branco da lei penal. A norma de complementação é aquela que define o dever de cumprir a obrigação de interesse ambiental, seja por meio de lei ou de contrato. A instrução da

autoridade competente se enquadra como norma complementar e não incidem no presente caso quaisquer das exceções à retroatividade abordadas neste trabalho. Dessa forma, a alteração da instrução normativa retroage em favor do indivíduo C, excluindo sua responsabilização.

Caso 4: O indivíduo D, proprietário de um posto de gasolina, foi denunciado pelo crime do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/1991, de “adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, por não ter mantido uma amostra-testemunha do combustível vendido no posto, visível ao todo o público, conforme era exigido pelo a Resolução n. 44/2013 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Ocorre que, posteriormente, a Resolução da Agência Nacional do Petróleo, que estabelecia essa exigência, foi revogada pela Resolução n. 898/2022, deixando de haver a exigência de manutenção da amostra-testemunha acessível ao público, mantendo-se apenas a exigência de armazenamento em envelope de segurança, com a finalidade de controle da qualidade do combustível, podendo o controle ser efetivamente realizado por outros meios, como o preenchimento do Registro de Análise e Qualidade.

Esse caso versa sobre a imputação do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/1991, segundo o qual constitui crime contra a ordem econômica “adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”. A expressão “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei” constitui referência a norma complementar sem a qual não se pode apreender seu sentido, razão pela qual se trata de um elemento em branco da lei penal. A norma complementar era a Resolução n. 44/2013 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, que exigia a manutenção de uma amostra-testemunha do combustível vendido no posto, visível ao todo o público. Como a referida norma foi revogada pela Resolução n. 898/2022, deixando de haver a exigência de manutenção da amostra-testemunha acessível ao público, mantendo-se apenas a exigência de armazenamento em envelope de segurança, com a finalidade de controle da qualidade do combustível, houve modificação favorável ao sujeito. Tratando-se de norma complementar a uma lei penal em branco, aplica-se a retroatividade em benefício do sujeito, especialmente por, também, não incidir qualquer exceção à retroatividade no caso em exame.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. v.36, 2008.
- AMARAL, Luiz Renê Gonçalves do. *Leyes penales em blanco y técnicas de reenvío: enunciado, norma y tipo en el discurso legislativo del riesgo*. Dissertação (Mestrado) em Direito. Universidade de Salamanca, 2014, p. 252.
- BACH, Marion. **Leis penais em branco e princípio da legalidade penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. “*Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal*”. In: MONTIEL, Juan Pablo (Org.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012.
- _____. *Manual de Derecho penal: parte general*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.
- BALDOMINO DÍAZ, Raúl. *(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco*. *Polít. crim.*, Vol. 4, n. 7, 2009.
- BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Traducción directa del alemán por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires – Montevideo: Editorial IB de F, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español: parte general, I, introducción*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; RIBEIRO, Léo Maciel Junqueira. A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 132, jun., 2017.

DIAS, Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DOVAL PAIS, Antônio. *Posibilidades e límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FARALDO CABANA, P. (DIR.); PUENTE ABA, L. M. (COORD.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2024.

FRAGOSO, Heleno. A lei penal no tempo. **Revista do Superior Tribunal Militar**, ano I, n. 1, 1975.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 13^a ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales em blanco y estructura de la norma penal*. *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1993.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCÍA, José Ángel Brandariz. *La problemática de las normas penales en blanco*. In: FARALDO CABANA, P. (DIR.); PUENTE ABA, L. M. (COORD.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HILGENDORF, Eric. **Direito penal**: parte geral. Tradução Orlandino Gleizer. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002. Título original: Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil. 5 vollständig neubearb. erw. Aufl. Berlin: Dunker u. Humblot, 1996.

LARA, Álvaro Roberto Delgado. *Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Ars Boni et Aequi*, ISSN 0718-2457, ISSN-e 0719-2568, Vol. 8, Nº. 2, 2012.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim (et al.). **O direito penal e o tempo**. Coimbra: FCT, 2016.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russel, 2003.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte general*, I. Madrid: Universitas, 1996.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2009.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal parte geral**: lições fundamentais. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principio constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MONTIEL, Juan Pablo (Org.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

MORALES, Sandra Eugenia Zúñiga Morales. *Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad*. *Revista De Derecho*, (8), 161–182. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i8.985>.

MOURA, Grégore Moreira de. **Reflexões sobre a norma penal em branco e o princípio da legalidade**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Publicado em mar. 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Montevidéo, Buenos Aires: B de F, 2001.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Norma penal em branco: retroatividade benéfica”. In: **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 100, mar/2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUPPE, Ingeborg. *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*. In: Frisch, Wolfgang et alii. *El error en el Derecho Penal*. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho penal: parte general*. 3 ed. Aranzadi: Cizur Menor, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, fundamentos la estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas. Diego Manuel Luzón Peña, Garcia Conlledo y Javier Remesal. Madrid: Civitas, t. I, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 8ª ed. Florianópolis: TLB, 2018.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *¿Competencia indirecta de las comunidades autónomas en materia de Derecho penal?* Madrid: La Ley, 1993.

_____. *Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "Leyes en Blanco". Estudios Penales y Criminológicos*. Cursos e Congresos n. 76 Servicio de Publicación da Universidad de Santiago de Compostela, 1993.

_____. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. 2ª ed. Montevideo y Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tea, 1992.

SOUTO, Miguel Abel. *Las leyes penales en blanco*. *Nuevo Foro Penal*, n. 68, 2005.

STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Carl Heymanns Verlag, 2000.

THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrée. **Lei penal em branco e retroatividade benéfica**. Tese de livre docência da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, separada do volume 19 da Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1968.

TIEDEMANN, Klaus. *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan./mar. 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho penal*: parte general I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 465.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.