

- RIBAS, Antônio Joaquim — *Consolidação das leis do processo civil*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1915.
- ROCCO, Ugo — *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917.
— *Trattato di Diritto Processuale Civile*, Turim, 1957/...
- ROSA, Eliézer — *Dicionário de processo civil*, Rio de Janeiro, 1957.
- ROSENBERG, Leo — *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Angela Romera Véra, Buenos Aires, 1955.
- SATTA, Salvatore — *Diritto Processuale Civile*, 6.^a ed., Pádua, 1959.
— *Le impugnazioni*, Milão, 1962.
- SAUER, Wilhelm — *Allgemeine Prozessrechtslehre*, Berlim — Detmold — Colônia — Munique, 1951.
- SCHÖNKE, Adolf — *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Barcelona, 1950.
- SEABRA FAGUNDES, M. — *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro, 1946.
— *O contróle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1957.
— *O Poder Judiciário na Constituição de 1967*, in *Rev. de Dir. da Procuradoria Geral*, vol. 16.
- SEGGI, Antonio — *La Cassazione Civile ed un libro recente*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Turim, 1965.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de — *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1959.
- SILVA, José Afonso da — *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, S. Paulo, 1963.
- SILVA PACHECO, José da — *Curso teórico e prático do processo civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1962.
— verbete *Deserção*, in *Rep. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 15.
- SIMAS, Hugo — *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, 2.^a ed., 1962.
- SOUSA PINTO, José Maria Frederico de — *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1950.
- TORRENTE, Andrea — *Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, Milão, 1951.
- TUOZZI, Pasquale — *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Milão — Roma — Nápoles, 1900.
- VANNINI, Ottorino — *Manuale di Diritto Processuale Penale italiano*, 4.^a ed., Milão, 1950.
- VELLANI, Mario — verbete *Appello (diritto processuale civile)*, in *Encicl. del Diritto*, vol. II.
- WACH, Adolf — *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1958.
- WALD, Arnaldo — *Direito Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1962.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio — *Delle impugnazioni in generale*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XVIII, 1941, parte I.
— *Diritto Processuale Civile*, vol. II, 5.^a ed., Milão, 1962.

LEI PENAL EM BRANCO E RETROATIVIDADE BENÉFICA (*)

AUGUSTO FREDERICO GAFFRÉE THOMPSON

Procurador do Estado da Guanabara

1. Norma Penal em Branco — Conceito. — 2. Norma Jurídica — Norma Penal — Lei Formal e Lei Material — Divisão de Podêres — Delegação de Podêres e Habilitação de Autoridade — Arts. 55 e 58 da Constituição de 1967. — 3. Classificação das Normas Penais — Normas Específicas e Gerais — Inadmissibilidade das Normas Imperfeitas — Subdivisões — Quadro da Classificação Adotada. — 4. Exigência de que o Preceito contenha uma Definição Precisa. — 5. A Identificação das Normas em Branco, por BINDING — Crítica a algumas Definições de Norma em Branco. — 6. A Completa Integra o Preceito da Lei em Branco, para todos os Efeitos. — 7. Fixação do Elemento Distintivo da Norma Fragmentária de Completação Homogênea relativamente à Norma Penal em Branco. — 8. O Poder Integrativo Extra-Penal não é Privativo da União Federal. — 9. Atos Administrativos Normativos — Contróle Jurisdicional — Peculiaridades das Normas que, concomitantemente, estão no Campo Penal e no Campo Administrativo. — 10. O Instituto da Retroatividade Benéfica: no Código Penal, na Constituição de 1946 e na Constituição de 1967. — 11. O Problema da Aplicabilidade do Art. 2.^o do Código Penal quando ocorre Revogação da Norma Ex-

(*) Tese de concurso à docência livre de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

tra-Penal Completadora de Lei Penal em Branco — A Solução Negativa Radical — A Afirmativa Radical — A Intermediária — Nosso Ponto de Vista. — 12. Últimas Considerações.

1. Norma penal em branco, lei aberta (1), ou lei moldura (2) é a norma penal específica, fragmentária, e de complementação heterogênea, quanto ao preceito primário.

Ou mais extensamente: é a norma penal que, prevista em lei formal-material quanto à sanção e a um preceito genérico, necessita de ser completada, relativamente ao modelo abstrato do crime nela inscrito, por um ato normativo emanado de fonte de hierarquia constitucional inferior (3).

Procedamos à decomposição do conceito proposto.

2. Norma jurídica é uma regra de comportamento obrigatória e juridicamente sancionada (4). Seu primeiro elemento identifica-a com a norma moral, de que se autonomiza pelo segundo (5). Quando a sanção consiste em uma *pena*, no sentido especial assumido por tal palavra no direito, ou seja, sanção específica, autônoma e independente, estaremos diante de uma norma jurídico-penal (6) — mais simplificada, norma penal. Por ser po-

(1) As expressões “norma penal em branco” (*Blankettstrafgesetze*) e “lei aberta” (*Offene Strafgesetze*) são criações de BINDING (cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, pg. 300, Buenos Aires, 1950).

(2) “Em alemão *Rahmengesetz*, imaginada por FRANZ VON LISZT, (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, rev. por EBERHARD SCHMIDT, 21.^a ed., Berlin, 1921).

(3) Essa definição está de acordo, em substância, com a de GIUSEPPE MAGGIORE (*Derecho Penal*, vol. I, pg. 147/148, Bogotá, 1954) e GIULIO PAOLI (*Principi di Diritto Penale*, pgs. 99/103, vol. I, Padova, 1926); e com a que EDMOND MEZGER atribui à lei em branco, em sentido estrito (*Tratado de Derecho Penal*, tomo I, págs. 396/398, Madrid, 1955).

(4) “*E una regola di condotta obbligatoriamente posta e giuridicamente sanzionata*” (REMO PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, I, pg. 66, Torino, 1950).

(5) SALVATORE FODERARO, *Il Concetto di Legge*, pg. 146, Milano, 1948. Contra: GIUSEPPINO FERRUCCIO FALCHI (*La Legge Penale*, Padova, 1948).

(6) “*Norma giuridica penale è quella che commina una sanzione speciale, autonoma, indipendente (pena, nel senso speciale assunto da tale parola nel diritto penale) ...*” (LUIGI RAGGI, *Della Legge Penale e della sua Applicazione*, pag. 7, Milano, 1927). No mesmo sentido, de que é a sanção o dado caracterizador da norma penal: RAUL ALBERTO FROSALI, *Sistema Penale Italiano*, vol. I, pg. 161, Torino, 1958 (que relaciona ROCCO, MANZINI, B. ALIMENA, FLORIAN, PAOLI, GRISPIGNI e MEZGER, como reconhecendo o mesmo princípio).

lêmica a noção precisa de pena (7), ou sanção penal, evitamos nela nos determos aqui, haja vista não oferecer correlação direta com a matéria em causa.

A norma penal só tem existência no mundo do direito positivo quando conteúdo de uma lei, face ao princípio da reserva legal, encontrado no pórtico da legislação repressiva: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim, revela-se, exclusivamente, através de um texto escrito de caráter geral e obrigatório. Não recusamos admitir a existência de normas penais incorporais, isto é, não expressadas, não registradas, em alguma lei; mas afirmamos que tais normas não têm vida reconhecível no direito positivo, sendo-lhes reservado como único *habitat* adequado a região da doutrina e o campo da elaboração legislativa.

Por essa circunstância, ou seja, de que a norma penal só é quando e enquanto imanente à lei (8), vamos verificar que lei penal e norma penal são, no direito positivo, locuções equipolentes (9), podendo ser usadas uma pela outra, como é corrente na literatura jurídica. Contribui para isso, também, o fato de que a lei só é verdadeiramente lei quando contém uma norma jurídica, por isso que se outro fôr seu conteúdo apenas imprópriamente merecerá a designação de lei (lei meramente formal). O homem só o é propriamente enquanto corpo e espírito, enquanto fusão desses elementos, já que sem espírito passa a *res*, e sem corpo não pode ser conhecido no mundo sensível. Assim, a norma e a lei.

De aceitar-se, pois, a teoria de origem germânica sobre lei formal (ato de origem legislativa mas que não contém norma jurídica) e lei material (ato cuja origem pode não ser legislativa, mas que contém norma jurídica), no sentido de que apenas a última deve ficar reservada a designação de lei (10). A prevalência do

(7) “... e si noti che anche la nozione precisa della pena, diciamo così penale, dà luogo ad ancora non sopite discussioni...” (RAGGI, ob. cit., pgs. 7/8).

(8) A expressão é de JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal*, tomo II, pg. 273, Buenos Aires, 1950), porém usada em frase onde afirma o contrário do que sustentamos.

(9) PANNAIN, ob. cit., pg. 66.

(10) “Daí os dois conceitos de lei — o formal, que faz “lei” tudo que resulta dos órgãos legislativos, mediante o processo legiferante, conceito tão disparatado quanto o que fizesse *judiciais* todos os atos dos juizes e dos tribunais, e o *material*, que somente considera lei a regra jurídica”. “A lei de que fala a Constituição é, de regra, a lei em sentido material” (PONTES

aspecto substancial sôbre o aspecto formal, na caracterização do que seja lei, adquire relevância no que diz respeito à exegese dos textos constitucionais. Com efeito, a maioria das Constituições modernas, inclusive a nossa, inscrevem o princípio da tripartição dos poderes, com a proibição de que o detentor de um transmita-o para os outros, por delegação. O que, entendido à risca, significaria: só ao Poder Legislativo cabe ditar leis, só ao Judiciário julgar, só ao Executivo administrar. Dessa sorte, impossível seria conceber-se uma lei emanada do Executivo, ou um ato administrativo decretado pelo Judiciário ou pelo Legislativo. Na verdade, porém, verificamos, no desenvolvimento da vida prática de qualquer país, a absoluta inviabilidade de obediência rigorosa ao princípio montesquiano da separação dos poderes (11). Por isso, surgiu a construção doutrinária conciliadora que, sem aluir a tripartição dos poderes, torna-a mais flexível, substituindo a idéia de *exclusividade* de funções pela de *prevalência* dessas funções relativamente a cada um dos três poderes. Construção extremamente fecunda, uma vez que, através dela, obtém-se, sem o sacrifício da garantia da tri-

DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo II, 5.^a ed., pgs. 361 e 363, Rio de Janeiro).

"... fixar a distinção entre a lei e o regulamento, de acôrdo com a fonte que edita o texto dá ao intérprete uma noção formal, sem revelação do conteúdo" (CARLOS MEDEIROS SILVA, *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 20, pgs. 1/5).

Contra: SALVATORE FODERARO, *Il Concetto di Legge*, Milano, 1948.

Com relação ao princípio da reserva legal, a maioria dos autores conceitua "lei" no sentido material: MAGGIORE, ob. cit., pg. 140; GIULIO BATTAGLINI, *Direito Penal*, Parte Geral, trad. de P. J. Costa Jr. e A. P. Grinover, pg. 27, São Paulo, 1964; ARTURO SANTORO, *Manuale di Diritto Penale*, I, Torino, pg. 70, 1958; FRANCESCO ANTOLISEI, *Elementi di Diritto Penale, Parte Generale*, pg. 17, Torino, 1946; EDOARDO MASSARI, *Le Dottrine Generali del Diritto Penale*, pgs. 12 e 15, Napoli, 1930; FILIPPO GRISPIENI, *Diritto Penale Italiano*, vol. I, pg. 306, Milano, 1950; VICENZO MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, vol. I, trad. de Santiago S. Melendo, pgs. 244 e 257, Buenos Aires, 1948; FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2, trad. de Asúa, 3.^a ed., pg. 94, Madrid; FALCHI, ob. cit., pg. 42.

(11) "... não podem jamais coincidir, de todo, e sob o aspecto subjetivo, as funções materiais e as formais; porque, se a teoria admite linhas de separação, o mesmo não acontece na vida" (JELLINEK, citado por CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, vol. I, 5.^a ed., pg. 399, Rio); FODERARO (ob. cit., pg. 129) declara não ser possível uma aplicação mecânica da teoria da divisão de poderes, no sentido de que cada órgão deva ditar somente atos da natureza do poder que lhe pertence; uma separação de poderes assim entendida constituiria — como opinião pacífica — um absurdo que conduziria à paralisação da vida do Estado.

"Diferenciação subjetiva dos órgãos. Nenhuma lei fora do órgão legislante. A rigidez das finas excisões anatômicas, que só o apriorismo sabe fazer. A vida, orgânica, como é, reagiu" (PONTES DE MIRANDA, ob. cit., pg. 351).

partição, uma atuação eficiente dos órgãos incumbidos de proporcionar, de forma dinâmica, o desenvolvimento da Nação. Corrija-se, com base nela, o pecado que se increpa a MONTESQUIEU de se ter preocupado, exclusivamente, com salvaguardar as liberdades individuais, esquecendo, por inteiro, de assegurar aos governantes os necessários poderes para dirigir o Estado (12). Com base na substituição da idéia das *funções exclusivas* pela idéia das *funções prevalentes* (13), mantém-se a proibição da *delegação de poderes*, reconhecendo-se, todavia, a seu lado, a admissibilidade da *habilitação de autoridade* (denominação oriunda da Suprema Corte Americana) (14), no sentido de que, dentro de determinadas faixas, e necessariamente por atribuição do Poder ao qual está vinculada, predominantemente, a função, é possível a um Poder exercer atividades que na repartição constitucional lhe não estavam afetas.

Especificamente, no que se relaciona com o Poder Legislativo, o ponto capital a ser observado, parece-nos, para que não surja o perigo de romper-se o sistema de garantias, reside na observância de dois princípios: 1.^o — a habilitação de autoridade tem de constar implícita ou explicitamente, mas de forma expressa, de uma lei emanada do Poder Legislativo; 2.^o — a autoridade que recebe a habilitação pode ditar leis materiais sôbre a matéria autorizada tanto *secundum legem* como mesmo *praeter legem*, sendo-lhe vedado ir *contra legem* (15).

A nitidez da diferença entre delegação de poderes e habilitação de autoridade atinge seu máximo de percepção no campo do direito penal. Proibida a delegação, fica reservado ao Poder Legislativo, com exclusividade, criar dispositivos que tenham sanção

(12) MARCEL WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5.^a ed., pg. 7, apud CAIO TÁCITO, *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, por CARVALHO SANTOS, vol. XV, pg. 159, verbete *Delegação de Poderes*.

(13) "Não se aplica o princípio clássico (da separação dos poderes) em Direito Público de um modo simplesmente mecânico até as suas últimas consequências. Em todos os países que o adotaram, sem excetuar os Estados Unidos, cada um dos três órgãos desempenha diversas funções fundamentais. A verdade é que existem funções predominantes, porém não exclusivas..." (C. MAXIMILIANO, ob. cit., pg. 399).

(14) AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO, discurso pronunciado na Câmara dos Deputados, transcrito na *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 17, pgs. 466/467.

(15) FROSALI, ob. cit., pg. 251; a respeito, é muito citado o seguinte trecho de SOLER: "La ley penal en blanco que defiere a otro poder la fijación de determinadas condiciones. no es nunca una *carta blanca* otorgada a ese poder para que asuma potestades represivas, sino más bien el reconocimiento de una facultad meramente regulamentaria..." (SEBASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, pg. 129, Buenos Aires, 1951).

penal; admitida a habilitação, permite-se que a lei formal-material atribua a outro Poder a especificação do preceito genérico a que se prendia a sanção, através de um ato normativo (lei material). (Falamos de um preceito pelo menos genérico porque, onde se expressa uma sanção, aquêle tem de, por força, existir; não se concebe uma sanção exclusivamente na forma “será punido”) (16). A autoridade administrativa pode legislar materialmente na área do direito repressivo, porém, só quando habilitada pelo Poder Legislativo, o qual fixará os limites em que tal habilitação poderá ser usada, ficando de logo proibida ser de tal monta que se transforme em verdadeira delegação. Dessa forma, o Executivo jamais poderá criar figuras delituosas em tôda sua integralidade. Sua competência limita-se a fixar os extremos de preceitos genéricos emitidos por lei formal-material. É-lhe defeso agir nesse terreno sem expressa provocação do Legislativo, e, havendo provocação, os atos normativos que baixar poderão ser *secundum legem, praeter legem*, mas nunca *contra legem*.

No nosso entender, uma vez que o elemento caracterizador da lei penal é a sua sanção típica, julgamos que jamais poderá haver atribuição de autoridade no que respeita a êsse elemento, inadmitindo-se, mesmo, que a lei formal estabeleça uma sanção genérica a ser especificada nos seus limites por uma lei-não-formal. Embora êsse princípio não seja observado nas legislações estrangeiras (17), é da nossa tradição (18), onde deve permanecer intocado.

A Constituição vigente, de 24 de janeiro de 1967, embora admitindo a delegação legislativa em certos casos, susteve a proibição da Carta anterior no que respeita à legislação penal, como se verifica do art. 55, n.º II. Vale notar que, nem mesmo sobre segurança nacional ou finanças públicas, a regra é excepcionada, como inadvertidamente se poderia imaginar à vista do art. 58. Confrontemos os preceptivos. O art. 55 n.º II, veda, taxativamente, delegação de poderes em matéria penal, enquanto o art. 58 autoriza, em casos de urgência ou interêsse público relevante, delegação de poderes em matéria de segurança nacional e finanças públicas.

(16) FROSAALI, ob. cit., pg. 164.

(17) PANNAIN, ob. cit., pg. 69; GRISPIGNI, ob. cit., pgs. 262, 312 (menciona exemplos na legislação italiana).

(18) Não conhecemos, na vigente legislação brasileira, uma só norma em branco com o vazío na sanção; ASÚA (ob. cit., pg. 304) chama êsse tipo de “ley en blanco al revés”.

Como relativamente a tais disciplinas é freqüente as legislações lançarem mão de sanções penais no seu regramento, pode parecer que o art. 58 se constitui em exceção ao art. 55. Tal, contudo, não corresponde à verdade. Se sobre segurança nacional e finanças públicas sòmente fôsse possível ditar normas de caráter penal, a solução poderia ser diversa, porque aí, ou se reconheceria uma contradição entre os dois dispositivos ou se admitiria que um excepcionasse o outro. E como a lei não pode conter antinomias, forçoso seria concluir no sentido da possibilidade de o Presidente da República expedir decretos com força de lei penal em matéria de segurança e de finanças. Todavia, como é notório, o campo da segurança e das finanças admite a existência de normas não penais, tais como administrativas, eleitorais, fiscais, etc. Sendo assim, nada impede, do ponto de vista jurídico, a coexistência pacífica dos comandos em causa, ambos na sua integridade, vigorando em tôda plenitude a proibição de o Executivo baixar decretos sobre legislação penal. Se outra fôsse a intenção do legislador, teria êle fixado no art. 55 a exceção em foco (19).

3. A norma penal típica contém uma regra de comportamento e uma sanção penal a ser aplicada no caso de desobediência daquele. Denominamos tais normas de *normas específicas*: no preceito vem definido o modelo abstrato de um delito, e na sanção fixa-se a pena correspectiva. Em geral, as normas específicas se inserem na parte especial dos códigos, onde se contém um verdadeiro catálogo de figuras criminosas (20). Por outro lado, os estatutos repressivos registram um outro tipo de normas penais, aquelas que, ordinariamente, constam da parte geral, e a que chamaremos de *normas gerais*. A característica delas é aderirem tôdas a cada uma das normas específicas, das quais vêm separadas tão sòmente por questão de economia legislativa. Na verdade, só vivem quando se fundem às normas específicas, fusão que idealmente e infalivelmente vem, pelo processo da osmose jurídica, o

(19) No recente II.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em Brasília, entre 8 e 14 de outubro de 1967, onde estivemos representando o Governo do Estado da Guanabara, o tema foi submetido a debate. O expositor da matéria, Prof. LUIZ VICENTE CERNICHIARO, adotou a opinião aqui expendida; e o Dr. PEDRO ALEIXO, que presidia a sessão, afirmou categòricamente, com sua dupla autoridade de Vice-Presidente da República e constituinte, não constituir o art. 58 exceção ao art. 55, n.º II.

(20) ANÍBAL BRUNO, ob. cit., pg. 327.

qual penetra tôdas as disposições do sistema legislativo, que se apresenta como um harmônico conjunto (21).

Podemos reconhecer três grupos entre elas: *normas gerais incriminadoras*, *normas gerais inocentadoras* e *normas gerais explicativas*.

As incriminadoras acedem às normas específicas para, através de uma certa modificação do modelo abstrato ali constante, incriminar um comportamento semelhante, mas não igual, ao ali contemplado e que se não fôsse em virtude de tal modificação escaparia de punição: assim as normas referentes à tentativa e à co-autoria. As inocentadoras vinculam-se às normas específicas no sentido de anular sua aplicação, quando ocorrentes determinadas condições, podendo ser subdivididas em *autorizativas* — que alargam a esfera de liberdade do agente, estabelecendo licitude penal excepcional (ex.: artigo 19 do Código Penal) — e *negativas* — que negam a aplicação da sanção (ex.: artigo 17 do Código Penal) (22). As explicativas remetem-se às normas específicas com a finalidade de esclarecer seus contornos, podendo ser classificadas como *declarativas*, *interpretativas* e *accessórias*.

Cumpramos notar que, ainda por mera questão de técnica legislativa, nem sempre as normas gerais vêm colocadas na parte geral dos códigos (ex.: art. 181, art. 348, § 2.º), o que esclarece ter por pábulo, a classificação em causa, o conteúdo das normas e não sua posição geográfica nos diplomas legais.

Recusamos adotar a clássica divisão das normas penais em perfeitas e imperfeitas: as primeiras com preceito e sanção, as segundas defectivas ou do preceito ou da sanção. Porque entendemos haver impossibilidade conceitual quanto à existência de normas imperfeitas. É da definição de norma jurídica (gênero do qual

(21) FROSALI, ob. cit., pg. 164; ainda: "Estas reglas son normas jurídicas sólo en cuanto vienen virtualmente a formar parte de las normas preceptivas a las que se refieren. Las mismas no son independientes, sino que constituyen esencialmente partes de otras normas; partes que han encontrado una enunciación separada y distinta solamente para evitar ser repetidas en todas las normas verdaderas y propias a las cuales se vinculan" (MANZINI, ob. cit., pg. 240; em nota de rodapé, reporta-se a MASSARI, *La Norma Penale*, S. Maria C. V., 1918, pg. 139); "D'altra parte, pois, sostenere l'esistenza di norme semplicemente permissive *per se stanti* (vale a dire senza riferimento a norme giuridiche precedenti di cui quelle costituiscono eccezioni o limitazioni), appare indubbiamente un controsenso, una contraddizione in termini, in quanto tutto ciò che non è vietato dal diritto, è di regola giuridicamente lecito, e quindi permesso" (FODERARO, ob. cit., pgs. 138/139).

(22) As definições de normas autorizativas e negativas estão conforme o Prof. OSCAR STEVENSON (colhidas verbalmente).

a norma penal é espécie) conter um preceito e uma sanção. Na falta de um desses elementos, não há norma jurídica e, por consequência necessária, não pode haver norma penal (23). Defectiva de sanção, a norma é como o guerreiro sem a espada: impotente; carecedora de preceito, é como a espada sem guerreiro: abúlica; em qualquer caso inútil, inócua, um não-ser, no direito positivo. Em realidade, tanto as normas inocentadoras como as explicativas não só têm preceito (o que é inegável) como têm sanção, ainda que esta, ao contrário do que ocorre nas normas incriminadoras, se dirija predominantemente aos órgãos do poder público que aos cidadãos (24).

Fugindo à classificação apontada, evitamos algumas manifestas incongruências, tais como: chamar de imperfeita por falta de sanção à norma contida no art. 12, II e parágrafo único, quando evidentemente ali está expressa a sanção, diretamente vinculada ao seu preceito; ou misturar-se com normas autorizativas e explicativas as normas penais em branco, de natureza completamente diversa.

Fixemos esta verdade: norma penal imperfeita, do ponto de vista jurídico, *non est in hoc mundo*.

Vamos examinar, em seguida, as normas específicas.

No preceito (*praeceptum juris*, preceito primário) estabelecem um comando, uma ordem, uma determinação, uma injunção, um

(23) "... una norma sfornita o di precetto o di sanzione non è una norma giuridica" (GRISPIGNI, ob. cit., pg. 262; "Tanto il precetto quanto la sanzione sono elementi essenziali, parti integranti della norma, la quale senza il primo sarebbe priva di contenuto, mente senza la seconda costituirebbe una specie di *telum imbellè sine ictu*" (ANTOLISEI, ob. cit., pg. 13); "Ma invece sembra migliore opinione quella di chi ritiene tanto l'imperativo quanto la sanzione parti costitutive e inseparabili della norma penale, stacabili (como vedremo anche subito) per comodità scientifica, ma in realtà costituenti una norma giuridica sola" (RAGGI, ob. cit., pg. 8); "No Direito Penal, não há normas incompletas, pois se ao imperativo de que decorre o preceito não suceder uma *sanctio juris*, a norma é inexistente" (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, vol. I, 2.ª ed., pg. 118, São Paulo); ainda: GENNARO GUADAGNO, *Manuale di Diritto Penale*, pg. 4, Roma, 1962.

(24) "Essas normas que se encontram, particularmente, na Parte Geral dos Códigos, não contém expressa a sanção, mas não são desprovidas de sanção jurídica. São normas que se dirigem, sobretudo, aos órgãos do poder público, e a sua violação é juridicamente sancionada" (ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, I, tomo 1.º, pg. 181, n.º 1, Rio, 1969); o que parece ser, também, o pensamento de FALCHI: "... la norma dell'impunitività dell'omicidio per legittima difesa potrebbe imperativamente formularsi nel senso di "vietarsi agli organi statuali di punire l'omicidio commesso per legittima difesa..." (FALCHI, ob. cit., pg. 78).

De acôrdo: SALVATORE CICALA, *Teoria del Fatto Illecito Penale Colettivo*, pg. 137, Roma, 1942.

imperativo, um ditame, enquanto na sanção (*sanctio juris*, preceito secundário) estabelecem uma cominação, uma ameaça de pena. Do primeiro consta o comportamento a que está o indivíduo obrigado. Se a descrição legal menciona um comportamento positivo (*facere quod non debeat*), o imperativo legal é proibitivo: se matar alguém acarreta punição, o indivíduo está proibido de praticar esse ato. Se a descrição legal refere uma conduta negativa (*non facere quod debeat*), o imperativo legal é determinativo: se deixar de prover à instrução primária de filho em idade escolar implica em castigo, o indivíduo está obrigado a cumprir aquela ação (25). A pena com que se busca assegurar o respeito à ordem da norma constitui o objeto da sanção.

A importância do último elemento ressalta se considerarmos que através dele é que poderemos caracterizar uma norma como penal. Além disso, no legislado direito nacional, temos que a única distinção entre crime e contravenção reside na natureza da pena cominada.

As normas específicas registram os delitos; cada uma se apresenta como um todo individuado, de existência própria, autônoma.

Adverta-se, porém, que tais normas nem sempre estão completas no mesmo dispositivo legal, isto é, pode ser que o preceito, ou parte do preceito, e a sanção, ou parte da sanção, estejam formalmente separados no texto da lei. Daí, faz-se necessário estabelecer uma subdivisão nesse tipo de normas. Norma específica íntegra: a que vem explicitada num único e mesmo dispositivo legal (ex.: matar alguém, pena: 6 a 20 anos); norma específica fragmentária: aquela a cuja unidade substancial não corresponde uma unidade formal, isto é, aquela norma que se encontra fracionada em dois ou mais dispositivos de lei. Cumpre notar que a sanção de natureza penal (e um preceito pelo menos genérico) tem de estar numa lei de caráter formal, haja vista a proibição de delegação de poderes insculpida na Constituição, e já examinada no início do presente trabalho. A êsse fragmento primeiro, que estabelece um preceito e, sobretudo, a sanção de natureza penal, dá-se o nome de *norma mãe*; aos fragmentos que vêm integrá-lo, chamaremos de *normas completivas*.

(25) Cf. FREDERICO MARQUES, ob. cit., pg. 117.

Procuremos sistematizar racionalmente as normas fragmentárias, — com relação às quais a doutrina não se tem manifestado de maneira uniforme, — através das completivas.

Fixemos o elenco possível das normas completivas:

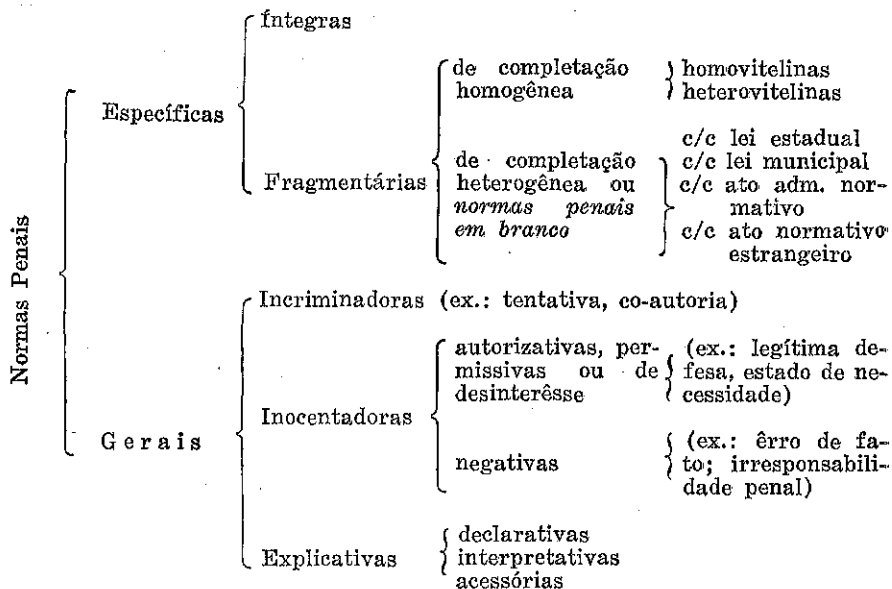
- a) a contida no mesmo corpo de lei em que figura a norma mãe (ex.: art. 304 do Código Penal — “Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302”);
- b) a contida em outro texto de lei, emanada da mesma fonte legislativa da completada (ex.: art. 235 — “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento”);
- c) a contida em texto de lei oriundo de fonte legislativa constitucionalmente inferior (ex.: art. 315 — “Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”. No caso dos Estados-membros é o orçamento estadual — lei estadual — que fixa a destinação das *verbas* ou *rendas*;
- d) a consubstanciada por um ato administrativo (ex.: art. 130 — “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”. A especificação das *doenças venéreas* está no Regulamento da Saúde Pública, ato emanado do Poder Executivo);
- e) a contida em lei estrangeira (ex.: art. 289) — “Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro”. A lei estrangeira é que definirá o atributo *curso legal* do dinheiro alienígena).

Sobre o item *d*, adiante voltaremos mais detidamente.

Por enquanto, anotemos que as completivas podem estar em atos emanados da mesma fonte legislativa da *norma mãe* (as dos itens *a* e *b*) ou em atos emanados de outras fontes (legislativas ou administrativas) constitucionalmente inferiores (as dos itens *c* e *e*). A norma que se integra com completadora da mesma fonte legislativa chamaríamos de fragmentária de *completação homogênea*; *homovitelinas*, se a completiva é do tipo prefigurado no item *a*; *heterovitelinas* no caso das do tipo *b*.

As normas fragmentárias cujas completivas fôsem heterogêneas quanto à fonte, denominariamos normas penais em branco.

Abaixo oferecemos um quadro sinótico onde fixamos, esquematicamente, um resumo da classificação de normas por nós esposada:



4. Se a sanção é que caracteriza a norma penal, daí não se deve inferir qualquer desvalor com relação ao preceito. Nêle está esculpida a figura do delito, o modelo abstrato que servirá de paradigma, de termo de comparação, para os atos concretos dos homens na vida da cidade, e em função do qual se dirá: isto é crime, aquilo não é. Nêle se encastoa a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível (26), ou seja, o modelo abstrato do delito (preferimos empregar “êsse termo de alfaiate” (27), em vez de tipo, *Tatbestand* ou *fattispecie*, por causa da diversidade de conceitos relativamente a estas expressões, sobretudo nos autores modernos). Como é corrente, o preceito se dirige aos cidadãos capazes de entendê-lo, dando-lhes ciência sôbre que comportamentos estão

(26) ANÍBAL BRUNO, ob. cit., pg. 325.

(27) “Não escondemos a nossa escassa simpatia pelo termo de alfaiate “modelo”...” (BIAGGIO PETROCELLI, *Reexame dos elementos do Crime*, trad. de Roberto Silva Franco, in *Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal*, n.º 8, pg. 29, jan./mar., 1965).

êles obrigados a cumprir. Por outro lado, como assinala insigne processualista e penalista, também exerce função de ser medida segundo a qual o juiz julga o procedimento dos indivíduos e, nesse sentido, também o juiz é destinatário da norma (28).

Não é supérfluo lembrar, pois que parece haver com frequência esquecimento nesse sentido, sobretudo quando se alcandoram os juristas às elocubrações quase herméticas da ação finalística e teorias quejandas, que a partilha do delito em elementos, seja em dois, em três ou quantos mais forem do gosto do autor, bem como a colocação e relação de tais elementos, ou a admissão da existência de pressupostos do crime ou pressupostos de fato (29), em nada pode modificar o princípio básico do direito penal: *acima de tudo deve sempre permanecer determinante a função da norma específica* (30). Ou seja: *não há crime sem lei anterior que o defina*.

Para o reconhecimento da prática de crime, necessário se faz uma perfeita identificação entre o comportamento fático do agente e a descrição abstrata constante da norma incriminadora. Adote-se ou não a teoria da tipicidade, interprete-se tal princípio da maneira que se preferir, o certo é que a exata adequação do episódio concreto à conduta ideal registrada na lei, para a condenação de alguém, é exigência inelutável, face ao princípio da reserva legal.

Por isso mesmo, forçoso será reconhecer-se que é requisito fundamental do preceito o *descrever de maneira precisa* o delito a que se refere. A reserva da lei só é verdadeiramente observada quando a norma jurídica por ela coberta esteja *tôda*, nos seus elementos constitutivos, na lei (31). É consequência do *nullum crimen*: não há infração penal senão nos limites de uma lei precisa, ordenando ou proibindo um ato específico (32).

Na realidade, três garantias basilares enclavinham-se na formação da suprema adarga de que dispõe o indivíduo contra a tirania

(28) JAMES GOLDSCHMIDT, *Teoría General del Proceso*, trad. espanhola, pg. 47, Madrid, 1936.

(29) A variedade de teorias sôbre pressupostos é enorme. GRAMATICA, de passagem, anota oito diferentes (FELIPE GRAMATICA, *Principi di Diritto Penale Soggettivo*, pgs. 174/175, Torino, 1934).

(30) PETROCELLI, ob. cit., pg. 20.

(31) BIAGIO PETROCELLI, *Norma Penale e Regolamento*, in *Scritti Giuridici in Onore di Alfredo de Marsico*, II, pg. 402, Milano, 1960.

(32) “Il n'existe d'infraction que dans les limites d'une loi précise, antérieure au fait incriminé, ordonnant ou défendant un acte (*Nullum delictum sine lege*)” (R. GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, tomo 1, pg. 169, Paris, 1898).

e a prepotência, sob a fórmula uma do art. 1.º do Código: proibição da retroatividade da lei penal, exigência de que o comportamento previsto como delito o seja em lei (material) escrita e *descrição precisa de tal comportamento* (motivo por que fica vedado o emprego da analogia). A vulneração de qualquer dos três elementos entretecidos no *nullum crimen* importa no arrombamento do mesmo princípio. E, por dissimulado ou menos flagrante o ataque, os inimigos das liberdades individuais, nos nossos tempos, revelam especial atração para anular aquela garantia através do expediente de preceitos anchos e desbalizados.

A tendência ao *assouplissement du droit* mediante prescrições de caráter largo, elástico, maleável (33), não deve merecer guarida no direito penal. Constitui excesso condenável incluir na parte especial incriminações de âmbito muito lato, com a finalidade (ou o disfarce) de preencher possíveis lacunas (24).

Em verdade, um preceito de fórmula dilargada traz insita uma autorização prévia de analogia. Se fluida a figura descrita, contornos esgarçados, raias móveis, mando vago, inconcusso ser consecratório de um preceito assim a incerteza dos cidadãos sobre a conduta que lhes é defesa, ao mesmo tempo em que fica atribuída ao juiz a faculdade de abroquelar-se sob tal preceito para infligir condenação aos procedimentos mais díspares. Retorno indesejável e inadmissível ao obscurantismo, ao arbítrio dos mais fortes, ao clima angustiante do temor difuso, indefinido sentimento de culpa que se infiltra em todos os indivíduos, inocentes ou não, quando subjugados às ditaduras e regimes assemelhados. A sufocação, o ambiente tenebroso, o fazer ou não fazer transmutado em tortura permanente, assustadora e paralisante, o dia-a-dia repassado daquele terror mórbido que KAFKA tão bem sabe transmitir no *Processo*.

Lutemos para manter intacta a garantia do *nullum crimen*. Não nos deixemos seduzir pelo canto da sereia que, a título de apresentar suculentas novidades dignas de substituir as velharias ultrapassadas do direito, em realidade traz o escopo de suprimir as modernas conquistas liberais para um retorno aos tempos antigos, dos regimes de força, do não-direito. Cuidemos para que o legítimo amor ao progresso, à coisa nova, nos não faça dar um salto para... atrás.

(33) BATTAGLINI, ob. cit., pg. 24.

(34) Cf. BATTAGLINI, mesma obra e página.

Sabendo que a exigência da definição precisa do preceito está imbricada com a não retroatividade da lei penal e com a da necessidade de que seja esta escrita, mantenhamos vigilância quanto ao respeito daquela, pois disso depende a higidez do princípio da reserva legal.

Somente quando o preceito é claramente especificado é que se pode punir (35). O art. 1.º quer dizer: ninguém pode ser punido por um fato que não seja expressamente previsto como crime (36). Quando se diz “não há crime sem lei anterior que o defina”, o verbo *definir* só pode ser satisfeito com uma descrição o quanto possível minuciosa. O preceito impreciso agride o *nullum crimen*. Se tal não correspondesse à realidade jurídica (sadia realidade!), poderíamos resumir todo um código penal a meia dúzia de disposições. Assim, *verbi gratia*, um dispositivo que estipulasse algo como “lesar o patrimônio de outrem” poderia, perfeitamente, conglobar os arts. 155, 168, 171, etc. E daí não seria império o caminho que nos levasse até fórmulas parecidas com aquela preconizada por MAGGIORE, no auge do facismo: “É delito todo fato expressamente previsto como delito por uma lei penal e reprimido com uma pena estabelecida por ele. É igualmente delito todo fato que *ofende a autoridade do Estado* e é merecedor de pena segundo o espírito da revolução fascista e a vontade do *Duce*, único intérprete da vontade do povo italiano” (37) (38).

Claro que se não deve mergulhar no pecado antípoda, da descrição tão minuciosa que demande uma infinidade de comandos le-

(35) GIUSEPPE BETTIOL é um dos autores mais incisivos sobre esse ponto: “Somente quando o preceito é claramente especificado, somente quando a pena é cominada de maneira que não possam subsistir dúvidas, a generalidade dos súditos pode ser detida no cometimento de crimes”. “É papel do direito assinalar os limites precisos às atividades humanas e, em nenhum outro setor como o penal, onde estão em jogo a vida, a liberdade, a honra dos cidadãos, é necessário que seja explicitamente determinada a esfera de atividade livre do indivíduo” (*Direito Penal*, vol. I, trad. bras. de Paulo J. da Costa Jr. e Alberto S. Franco, pgs. 113 e 116, São Paulo, 1966). No mesmo sentido: GUADAGNO, ob. cit., pg. 5.

(36) ENRICO PESSINA, *La Legge Penale*, pg. 22, Milano, 1905; ANTOLISEI, ob. cit., pgs. 17/18.

(37) Cf. MANZINI, ob. cit., pg. 258, n. 31.

(38) Exemplo típico de preceito genérico, viciado pela imprecisão, é, entre outros do mesmo texto legal, o art. 21 do recente Decreto-lei n.º 314, de 13 de março de 1967 (Lei de Segurança Nacional), vasado dessa forma: “Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou de indivíduo”. É quase ilimitada a multiplicidade de *atos* cabíveis nessa larguíssima fórmula.

gais na confecção de um código: o ALR prussiano, de 1794, continha, na parte criminal, 1.577 artigos! (39)

O indispensável é que o preceito (que, convém lembrar, pode estar em um único dispositivo legal ou fracionado em várias disposições) seja de tal sorte que contenha todos os coeficientes necessários para a punibilidade, registrando um esquema integral, compreensivo de todos os elementos que constituem o crime, indicativo de todos os limites que separam o crime do não-crime, fixando, em definitivo, tudo o que torna um fato objeto de proibição jurídico-penal (40).

5. O primeiro a identificar as normas penais em branco foi BINDING (41). Apresenta como típico o art. 145 do Código Alemão. O dispositivo estabelece pena para quem “transgride as disposições emanadas do imperador” em determinados fatos do direito de navegação. Também aponta como hipóteses dessa modalidade os preceitos concernentes aos crimes previstos nos arts. 327, 328, 357, 360, n.ºs 2, 9, 12, e 361, n.ºs 1, 2, 6. O primeiro dêles, exemplificativamente, incrimina o fato de violar cientemente as medidas de isolamento e vigilância ou as proibições de importação prescritas pela autoridade competente a fim de prevenir a propagação de doença contagiosa (42). Denominou tais leis como leis penais do *Blankett*, palavra significativa de *mandato em branco*. O pensamento é, evidentemente, que o legislador ao formular êsse tipo de normas, estabelece no preceito um mandato e mbranco para ser êle completado. Assinala BORETTINI (43) que a idéia dessas normas surgiu em BINDING pela observação de que na Alemanha havia grande complexidade relativamente ao conteúdo do preceito diante das relações constitucionais e administrativas ao tempo da promulgação do Código Penal (1870/1871). Como o império era constituído de vários reinos, êstes se conjugavam numa união aduaneira, o *Zollverein*, daí resultando diversidade entre as disposições

(39) Cf. WILHELM SAUER, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de J. del Rosal e J. Cerezo, pg. 27 e n, Barcelona, 1956.

(40) PETROCELLI, ob. cit., pg. 31.

(41) BORETTINI, em nota a BINDING (ob. cit., pg. 116, n.) assinala que o hegeliano BERNER, antecessor de VON LISZT na cátedra, intuiu a existência das normas em branco.

(42) KARL BINDING, *Compendio di Diritto Penale, Parte Generale*, trad. e notas de ADELMO BORETTINI, pgs. 115/118, Roma, 1927.

(43) Idem, idem, pg. 116, n.

estabelecidas por cada reino e as quais não poderiam figurar, obviamente, no preceito geral do império relativo às normas repressivas do contrabando e abusos congêneres. O que era autorizado em um Estado do império, noutra se fazia proibido.

A idéia frutificou, verificando-se haver grande número de normas que, em países como o nosso (com legislativos de hierarquia diversa), e pela natureza da relação jurídica por elas disciplinadas (44), têm de ser fracionadas heterogêneamente.

Para melhor caracterizar a norma em causa, BINDING comparava-a a “um corpo errante que busca sua alma” (*ein irrender Körper seine seele*). Essa pinturesca imagem sugestiva, que teve larguíssimo sucesso (45), entre nós tem sugerido outras correlatas: “moldura à espera do quadro” (46); “uma alma errante à procura de corpo”, porque se trata de preencher o vazio do preceito penal (47).

Parece-nos de todo procedente a observação de um dos mais clarividentes penalistas da Itália, no sentido de que nada se juntou ou modificou substancialmente, sobre essa categoria de normas, ao doutrinado por BINDING (48). Arriscaríamos, mesmo, acrescentar que os aditamentos e supressões realizados só vieram trazer uma série de equívocos e dificuldades no trato da matéria.

Inicialmente, cumpre notar que a tradução simplificada que se fez do termo alemão *Blankettstrafgesetz*, usado por BINDING, para norma penal em branco, não exprime o exato sentido da palavra original. A correta fórmula seria *norma penal do mandato em branco*, onde a inclusão da palavra *mandato* é de capital importância para a justa caracterização daquele tipo de norma. Pois aí, exatamente, reside a *diferença específica* que a distingue do gênero norma penal específica fragmentária.

Os autores mais próximos de BINDING seguiram-lhe a esteira, sem deformar-lhe o conceito original (49), usando ou não a original

(44) PAOLI, ob. cit., pg. 101.

(45) PAOLI, ob. cit., pg. 99, n.

(46) ROBERTO LYRA, *A Aplicação da Lei Penal segundo a Jurisprudência do Supremo Tribunal*, I, pg. 14, Rio, 1961.

(47) BENJAMIN DE MORAIS, *Norma Penal*, Rio, 1945.

(48) PAOLI, ob. cit., pg. 99.

(49) EMÍLIO BRUSA dá como leis em branco as disposições que o legislador estabelece contra a violação de normas, já emanadas de outro poder ou que o devam ser, assim o legislador particular, provincial ou comunal, ou administrativo ou para as contravenções ou regulamentos de polícia local (*Prolegomeni al Diritto Penale*, pgs. 330/331, Torino, 1888).

nomenclatura (50), sempre no sentido de que as leis penais em branco se singularizam pela proibição de se violarem determinações da autoridade de polícia local ou do país, ou leis particulares, editadas para compor a norma cujo desrespeito é punido penalmente (51). O legislador penal outorga um mandato para que outra autoridade complete a lei fracionada, através de uma atribuição de autoridade nesse sentido. Tal atribuição, que, como já vimos, não se confunde com a delegação de poderes (ver n.º 2), alguns juristas teimam em negar (52), talvez movidos por escrúpulos legalistas. Contudo ela é evidente e, parece-nos, melhor será que a reconhecamos francamente, para fixar-lhe lindes adequados, com o que estaremos melhormente assegurando os indivíduos contra possíveis arremetidas tirânicas. Nada pode ser pior como técnica de defesa que a empregada pelo avestruz...

Com o correr do tempo, o conceito de norma penal em branco, afastando-se da doutrina original, ganhou um elástico perturbador entre os juristas. Examinemos algumas definições correntes e que se nos antolham equivocadas.

a) as que consideram leis penais em branco aquelas que pedem como completivas normas emanadas da mesma fonte legislativa que ditou a norma mãe (53).

Essa conceituação se desvia da doutrina da norma em branco, adulterando-a (54). Se a lei aguarda completar-se com uma outra lei, não pode mais ser classificada como norma em branco, mas sim como fragmento de norma, porque desaparece a idéia de autorização para a completação, própria da lei em branco, uma vez que o legislador não necessita de dar a si nenhuma autorização para legislar (55). O que caracteriza a norma em branco é conter

(50) GARRAUD, sem usar a expressão "norma penal em branco", estuda essa modalidade de normas com bastante clareza (ob. cit., pgs. 221 e seguintes).

(51) KARL BINDING, *Die Normen und Ihre Übertretung*, 2.ª ed., vol. 1, Leipzig, 1916, pgs. 161/162.

(52) Recusa a opinião de que esse tipo de leis delega (nós dizemos atribui) a outro poder a fixação das figuras delituosas CARLOS FONTÁN BALESTRA (*Derecho Penal, Introducción y P.G.*, pg. 108, Buenos Aires, 1935).

(53) FALCHI, ob. cit., pg. 88; MANZINI, ob. cit., pg. 168; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, tomo 1, 4.ª ed., pgs. 95/96; BERNARDINO DE ALMENA, *Principii di Diritto Penale*, vol. 1, pg. 192, Napoli, 1810; REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, pg. 144, n.º 33, Barcelona, 1962.

(54) PAOLI, ob. cit., pg. 102.

(55) PAOLI, idem, idem.

uma autorização, um mandato, do legislador constitucionalmente competente para que outra autoridade legisle completivamente em seu lugar. Isto é a norma do *Blankett*, a do mandato em branco. E seria deveras estranho que o legislador necessitasse de uma autorização para... legislar (56).

A lei penal em branco não pode abarcar a norma fragmentária homogênea, devendo tal denominação ser reservada, apenas, para a fragmentária de completação heterogênea.

b) as que admitem como completivas uma particular ordem de polícia, uma declaração de vontade da autoridade pública, algo, em resumo, diverso de uma norma com conteúdo de lei, com matéria de lei, algo que não seja uma lei material (57).

Aqui, o absurdo resultante de um alargamento exagerado da área da norma penal em branco, além de manifesto, vai gerar tôda a confusão reinante sobre o problema da retroatividade benéfica frente a esse tipo de lei.

Entendemos que o princípio da reserva legal, ao falar em lei, refere-se à lei material; por isso não se pode imputar a eiva de inconstitucionalidade a uma lei penal composta da fusão de uma lei material-formal com uma lei material-não-formal. Porém não vemos como é possível justificar que o modelo de um crime se componha de uma lei formal-material completada por um ato administrativo individual! Ou seja, como será possível afirmar-se que até a ordem verbal de um funcionário (no crime de desobediência) possa completar o preceito de uma norma penal!

O *nullum crimen* suporta mostrar uma certa elasticidade, para se adaptar às necessidades da vida prática, no sentido de admitir que quando fala em lei satisfaz-se com uma lei material. Mas,

(56) MAGGIORE, ob. cit., pg. 147; BENJAMIN DE MORAIS, ob. cit., n. 177; MEZGER (ob. cit., pg. 397), no que é seguido por ASÚA (ob. cit., pg. 305), considera imprópriamente em branco a modalidade em causa.

(57) SANTORO, ob. cit., pg. 100; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. 1, pg. 53, Rio, 1958; MANZINI, ob. cit., pg. 167, admite expressamente que "uma particular ordem individual de polícia" possa completar a norma em branco. Contudo, na pg. 268, falando sobre norma penal em branco, afirma: "No se debe, sin embargo, confundir la referencia a otras normas jurídicas o a ordenes de la autoridad, con la remisión a simples *instrucciones ejecutivas*, las cuales ni pueden crear reglas de derecho, ni sirven para integrar la esencia de la norma que hace referencia a ellas". Não atinamos em como é possível harmonizar os dois excertos, uma vez que é evidente não poder uma "particular ordem individual de polícia" nem criar regras, nem integrar a essência de uma norma.

data venia, vai romper-se caso pretendam esticá-lo até as lonjuras da definição ora criticada.

O erro gritante acima anotado resulta de uma confusão não rara na doutrina e que, por infelicidade, se torna mais freqüente com as modernas teorias relativas à tipicidade. Consiste êle no não estabelecimento de uma separação entre o que seja o *modelo abstrato do delito* e o *fenômeno concreto do delito*. O primeiro é uma abstração, o segundo um acontecimento fático. O crime em abstrato é o que é, uma figura com determinados caracteres que já foi construída e, por conseqüência, não é imaginável sem qualquer desses caracteres (58) ou com o acréscimo de caracteres que não estão nela. Um evento, um episódio natural, físico, do mundo concreto, não pode, de nenhuma maneira, completar ou integrar aquela figura de abstração, ideal. As circunstâncias concretas compõem um fato que será confrontado com o modelo abstrato a fim de se verificar se lhe corresponde e, em caso positivo, dir-se-á que aquêle fato é criminoso. Empregando a expressão *tipo*, que procuramos evitar por causa das divergências que suscita, podemos sentir com bastante clareza a separação que buscamos salientar, através da constatação de que o delito em abstrato não é *conforme ao tipo*, mas é *o tipo* (59); o delito concreto é conforme ao tipo, mas *nunca poderá ser tido como o tipo, nem parte do tipo, nem parcela do tipo*.

O tipo só pode ser fruto de lei, e esta é uma abstração, jamais um fato.

No crime de homicídio, os disparos que determinam a morte não fazem parte do modelo abstrato, e, sim, constituem parte de um evento conforme àquele modelo. Da mesma forma, a ordem concreta a que, concretamente, Antônio, ser real, desobedece, não faz parte do tipo do crime do art. 330, mas constitui parte de um fato conforme àquele tipo abstrato, o que o torna um fato típico, por isso punível.

Correto, pois, afirmar que a norma penal em branco reclama da autoridade menor uma verdadeira e própria quota de disposição jurídica, que possua os caracteres da generalidade e da obrigatoriedade, porque o reclamo a uma simples permissão, licença ou ordem da autoridade não basta para fazer surgir a noção de norma em

(58) PETROCELLI, ob. cit., pgs. 27/28.

(59) PETROCELLI, ob. cit., pg. 27.

branco (60). É da natureza da norma em branco que sua integração seja feita por meio de uma norma jurídica de caráter geral, devendo negar-se a característica de norma em branco àquela norma que faz menção a uma ordem que obriga a conduta de um sujeito determinado em um caso concreto (61). Aqui, a regra penal não está fragmentada, uma vez que não depende de outra norma para tipificar o comportamento que incrimina. No crime de desobediência, a norma penal define completamente a figura delituosa, não reclama outra norma para que se tenha uma *descrição precisa* do tipo; a *ordem do funcionário* é episódio concreto do fato criminoso, não tendo a ver com a norma jurídico-penal, uma vez que não pertencem ao mesmo mundo. O legislador não outorgou nenhum mandato ao funcionário (que dá a ordem) para completar a lei, nem podia fazê-lo.

e) as que marcam como principal característica das normas em branco a futuridade da completiva (62).

Esse critério parece-nos desamparado de qualquer fundamento. Inicialmente, porque a norma só seria em branco até que viesse a ser acogulada e, isto ocorrido, perderia aquela qualificação (63). Tal não corresponde à realidade jurídica. O crime de contágio de doença venérea há muito está completado pelo Regulamento da Saúde Pública, e, nem por isso, qualquer penalista deixará de atribuir-lhe a classificação de lei penal em branco. Depois, vemos todos os dias leis em branco preenchidas por complementos que lhe são anteriores. Agora mesmo, os delitos de tráfico de entorpecentes e de contrabando ou descaminho, previstos no Código, foram reformulados por leis recentes e continuaram a ter seu branco preenchido por normas administrativas já preexistentes. Além do mais,

(60) PAOLI, ob. cit., pg. 103.

(61) MAGGIORE, ob. cit., pgs. 147/148.

(62) GRISPIGNI, ob. cit., pg. 262; EUGENIO FLORIAN, *Parte Generale di Diritto Penale*, pg. 185, Milano, 1934; EDOARDO MASSARI, *La Norma Penale*, S. Maria C. V., pg. 4, 1913; ANTOLISEI, ob. cit., pgs. 14/15; PANNAIN (o mais incisivo em caracterizar a norma em branco por preceder cronologicamente à completiva), ob. cit., pg. 69.

(63) Se a futuridade do complemento constituísse, realmente, o dado caracterizador da norma em branco, razão teria FROSALI (ob. cit., pg. 165), que, depois de afirmar muito se ter escrito sobre a norma em branco mais para imitar BINDING que por real utilidade, conclui: "Quasi tutti gli autori considerano "in bianco" le norme quando esiste la sanzione in vista di un comando futuro; ma conservano tale denominazione allo stato di cose anche quando il comando è poi sopraggiunto".

o enfoque da norma em branco por êsse aspecto não traz nenhuma utilidade no resolver os problemas inerentes a ela.

6. Já verificamos que o preceito da norma penal específica não pode ser genérico, uma vez que, nesse caso, testilharia com o princípio da reserva legal. É por demais artificioso criar preceito genérico (64). Por outro lado, já registramos que, no caso das normas fragmentárias, o preceito só se especifica (isto é, deixa de ser genérico) quando se funde à norma completiva.

Como decorrência de tais premissas, é forçoso concluir que a norma completiva *integra, faz parte, compõe* a norma mãe respectiva (65).

Não há crime sem *lei anterior que o defina*. Ora, se nas normas fragmentárias a *definição* (descrição precisa) do crime está, no todo ou em parte, na norma completiva, não há como negar-se que esta, enquanto integrativa da norma mãe, tem de ser tida como *lei*, pois, do contrário, ou estaríamos dante de uma figura delituosa de contornos imprecisos (em alguns casos sem qualquer contorno) ou de crime fixado fora da lei. Em qualquer hipótese, haveria ofensa ao art. 1.º.

A doutrina muito tem vacilado no admitir que uma lei material-não-formal possa ser fonte de direito penal. E a razão precípua dessa hesitação reside no temor de que tal admissão possa gerar um enfraquecimento do princípio do *nullum crimen*. Por isso encontramos afirmações no sentido de que as prescrições regulamentares (ou administrativas, melhor dizendo) permanecem com seu conteúdo fora da norma penal.

Pois bem, ao contrário do que resulta de um exame perfunctório, o entendimento que melhor assegura as garantias do *nullum*

(64) BATTAGLINI, ob. cit., pg. 18, n.

(65) GUADAGNO, ob. cit., pg. 7; MANZINI, ob. cit., pgs. 145, n., 251, n. 9 e, de forma incisiva, 268; MASSARI, ob. cit., pg. 149; ANTOLISEI, ob. cit., pg. 121; FROSALI, ob. cit., pgs. 174 e 177 (onde reconhece que a norma de direito estrangeiro, quando integra a norma penal, assume a natureza de norma penal); o mesmo FROSALI, *L'Errore nel Diritto Penale, in Studi in onore di Francesco Antolisei*, pg. 560, Milano, 1965; PANNAIN (de certa forma), ob. cit., pg. 557, n. 3; PETROCELLI (*Norma Penale e Regolamento*, ob. cit., pg. 405) informa ser nesse sentido a jurisprudência italiana; MEZGER, ob. cit., pg. 113; MAURACH, ob. cit., pg. 144; HUNGRIA, ob. cit., pg. 96 e no vol. II, pgs. 222/224, endossando opinião de MASSARI; ANÍBAL BRUNO, ob. cit., pg. 190, com reserva; BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, vol. I, tomo I, 3.ª ed., pg. 155, São Paulo.

crimen é, exatamente, o que considera a norma administrativa (lei não formal) completiva como — tanto que integrada na norma mãe — norma penal, lei penal, para todos os efeitos.

Em primeiro lugar, porque a atividade regulamentar, longe de constituir uma diminuição no campo da liberdade individual, oferece aspecto precisamente inverso. Como assinala CRISCUOLI, o regulamento é sólida garantia do cidadão; acrescenta regras próprias às fixadas em lei, ou disciplina uma função ainda não regulada; mas vincula, em ambos os casos, com seus preceitos, não só a ação dos indivíduos, porém sobretudo a do Estado (66). Os atos administrativos normativos reduzem não a atividade dos particulares, mas o campo de arbítrio do Estado (67).

Em segundo lugar — e êsse ponto tem passado despercebido à eleuteromania apressada — se a norma administrativa completadora for considerada fora do conteúdo da norma penal completada, como não sendo fonte de direito repressivo, como não sendo lei penal, a ela não estarão estendidas as garantias especiais que cercam a lei penal. Assim, por exemplo, como sustentar-se a proibição da analogia na aplicação das normas completivas administrativas, se elas não são consideradas leis penais? (uma vez que, no direito administrativo, o emprêgo da analogia não é vedado).

Suponha-se o delito de tráfico de entorpecentes. Trata-se de fragmentária de acogulação heterogênea, completada por um regulamento administrativo onde se registra o elenco das substâncias tidas como entorpecentes. Ora, se tal regulamento não é fonte de direito penal, se não é lei penal (enquanto integrativa da norma mãe), nada obsta que se use da analogia na sua aplicação. Dessa forma, poderiam ser consideradas substâncias entorpecentes não só as expressamente mencionadas como, também as que lhes fôsem similares. Do que adviria a incerteza dos cidadãos sobre o comportamento que a lei proíbe, sobre o que fôsse o crime e o não-crime.

(66) *Apud* CARLOS MAXIMILIANO, ob. cit., pg. 411.

(67) Um exemplo pode bem enfatizar tal conclusão. O delito de “possuir instrumentos destinados conhecidamente para a falsificação” não é, na legislação argentina, completado por ato normativo da autoridade. O caso concreto será resolvido pelo juiz através de “processos empírico-culturais” (ASÚA, ob. cit., pg. 216). Se, porém, a Administração editasse um regulamento relacionando especificamente quais os instrumentos considerados como “conhecidamente destinados à falsificação”, êsse ato, ao revés de diminuir as liberdades individuais, iria mais eficientemente garanti-las.

Observe-se fato de nossos dias, acêrca do assunto.

As experiências de ALDOUS HUXLEY com o *ácido lisérgico* — LSD — despertaram a curiosidade do nosso cronista PAULO MENDES CAMPOS, que fêz uso da droga, inclusive relatando em vários de seus escritos as sensações experimentadas. Agora, já a referida substância está inscrita na relação de entorpecentes, o que revela ter dita substância efeitos análogos às outras que já constavam do regulamento administrativo. Se, por consequência, a norma regulamentar em causa não fôsse tida como lei penal, o nosso apreciadíssimo cronista poderia ter sofrido um processo por infringência do art. 281, porque, se a completiva ao se integrar no tipo não adquirire foros de lei penal, nada impedia o emprêgo da analogia no caso.

Finalmente, em abono do ponto de vista aqui sustentado, invocamos a palavra do Ministro FRANCISCO CAMPOS na Exposição de Motivos que precede o Código Penal em vigor: "...quando uma norma penal faz remissão a norma não penal ou a pressupõe, esta fica fazendo parte integrante daquela..." (68).

7. Antes de nos enterreirarmos no exame do problema principal do presente trabalho — norma em branco e retroatividade benéfica — cumpre acrescentar alguns adminículos ao já exposto no item 2.

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Só a lei pode fixar as figuras delituosas; só a lei pode autorizar a imposição de pena. Só a lei pode ser fonte de direito penal.

Já vimos que a palavra lei, nesse caso, compreende a lei formal-material e a lei material-não-formal, ficando excluída a lei formal-não-material, que a rigor não é lei, por isso que seu conteúdo não é uma norma jurídica.

Anotamos, também, que é a sanção que caracteriza uma lei como lei penal, uma vez que somente através desse elemento se poderá classificar um ilícito jurídico como sendo civil, disciplinar, etc., ou penal. Por isso mesmo, pela importância desse elemento, concordamos com a tradição brasileira no sentido de se não admitir habilitação de autoridade do Legislativo para o Executivo nessa

parte da norma. A sanção só pode ser ditada por uma lei formal-material.

Podemos também afirmar que a lei da sanção será sempre uma lei penal, esclarecendo-se que o elemento penal não decorre de exigência do art. 1.º, mas do próprio conceito de que é lei penal aquela que tem sanção penal. A segunda oração do art. 1.º poderia, então, ser assim desdobrada: não há pena sem prévia cominação estabelecida por uma lei formal-material penal.

Dito isso, e que reconhecemos ter um sainete tautológico, mas que facilita a compreensão do que se segue, voltemo-nos para a primeira oração do art. 1.º: não há crime sem lei anterior que o defina. Aqui, como já verificamos, não se exige que a lei seja formal-material; e, num certo sentido, não se exige que a lei seja penal. Como o caráter penal do preceito não é intrínseco a êle, porém decorrência da sanção a que se liga, temos não ser imprescindível que a lei do preceito seja lei penal na sua origem, uma vez que o atributo penal está fora dêle, dependente da cominação. Dessa forma, não há ruptura do assentado no art. 1.º se, a um preceito não penal (a que se não ligava uma sanção penal), se vier a vincular uma cominação criminal. Aquêle preceito não penal passará a ser penal.

O que queremos deixar claro é que a lei do preceito não tem de ser obrigatoriamente, em sua origem, lei penal. Pode-se discutir se tem de ser obrigatoriamente lei formal ou se basta que seja lei material, porém é incontestável que não se exige seja, de si, penal.

Por isso mesmo, não ocorre possibilidade de atrito na convivência das normas fragmentárias de complementação homogênea com o princípio da reserva legal. Elas são formuladas por várias leis de igual hierarquia legislativa (ou, melhor dito, constitucional) que se aglutinam para compor um preceito; pouco importa se participam de outros ramos do direito, sendo certo que os fragmentos que entram no preceito, enquanto o integram, passam a ter o caráter de lei penal, uma vez que êsse caráter não decorre de seu conteúdo, mas da sanção a que se ligam. Quando o art. 235 diz que "contrair alguém, sendo casado, nôvo casamento", se pune com pena de reclusão de dois a seis anos, todos os fragmentos de norma que compõem o preceito passam, enquanto componentes, a ser fragmentos de norma penal.

A razão de ser das normas fragmentárias decorre de uma questão técnico-legal (69). Por economia, o legislador evita redigir preceitos extensos na descrição de figuras delituosas, valendo-se de reportação a textos legais onde parte dessa descrição já conste; mas, se o quisesse, uma vez que tem poderes para tanto, poderia transcrever no referido preceito todos os fragmentos de norma que êle mesmo já editou ou pretende editar. Por isso mesmo, não tem cabimento denominar-se às leis fragmentárias homogêneas de leis em branco (do *Blankett*, do mandato em branco), uma vez que não existe um legislador penal a habilitar um legislador civil, fiscal, administrativo, etc., no sentido de completar a norma mãe, pela razão singela de que não existe um legislador disso ou daquilo, mas só o legislador.

Já na norma fragmentária heterogênea o preceito se compõe de normas emanadas de outra autoridade que não o legislador ordinariamente competente para ditar leis do direito repressivo. Essa é a verdadeira norma em branco.

8. As autoridades inferiores que podem preencher o vazio do preceito das normas em branco podem ser tôdas aquelas que tenham capacidade para expedir normas com caráter de lei material: o legislador estadual, o legislador municipal e as autoridades administrativas.

Notável penalista brasileiro discorda dêsse entendimento, e restringe à administração federal o poder de preencher a norma em branco (70).

Data venia, não vemos como reconhecer razão ao preclaro Mestre. Primeiro, porque está nas origens mesmas da norma penal em branco essa possibilidade do mandato ser conferido a uma autoridade legislativa inferior. Lembremo-nos que foi precisamente da delegação que o legislador do Império concedia, em certos casos, aos legisladores dos reinos, na Alemanha, que BINDING extraiu a sua teoria das *leis abertas*. Segundo, porque nos parece que ad-

(69) MEZGER, *Diritto Penale*, trad. de Mandalai, Padova, 1935, pg. 215; na edição especial, já citada, pg. 397.

(70) "Sempre sustentei, em tese, que a norma penal em branco há de ser preenchida pela Administração federal. Se a norma não penal pressuposta pela norma penal fica fazendo parte integrante desta (Exposição de Motivos, n. 14, *in fine*), porque não ocorreria o mesmo com um complemento vital?" "É indelegável o poder integrativo extra-penal, a meu ver, privativo da União Federal" (ROBERTO LYRA, ob. cit., pg. 14).

mitir uma delegação do legislativo federal para o legislativo estadual em matéria de crime é um *minus* com relação a admitir a mesma delegação do Poder Legislativo para o Poder Executivo (ainda que federal). A não se aceitar a possibilidade da primeira, com muito mais razão seria de recusar-se a da segunda. Terceiro, porque contradicho é, entre nós, o tipo de norma apontado como inadmissível, e nunca ninguém se lembrou de imputar-lhe a balda de injurídica. Veja-se o art. 315 do Código, a que já nos referimos. Qual a lei que estabelece a aplicação das verbas ou rendas públicas? O orçamento federal, para a União; os orçamentos estaduais, para os Estados-membros. Dentro do ponto-de-vista em exame, as transgressões praticadas contra os comandos dos orçamentos estaduais não poderiam ser punidas na forma do artigo suso citado — o que não faz sentido. Outro exemplo (e poderíamos acumular diversos): o art. 324 do Código comina pena àquele que entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, etc. Ora, qual a norma que fixa as referidas exigências? O Estatuto dos Funcionários Cíveis da União, com relação aos funcionários federais; os Estatutos estaduais (leis estaduais) para os funcionários dos Estados. A seguir-se a opinião ora contestada, os servidores estaduais nunca poderiam infringir o citado art. 324: as "exigências legais" registradas no Estatuto Federal não lhes dizem respeito, por isso que a êle não devem subordinação; o desrespeito às "exigências legais" do Estatuto Estadual não configuraria o delito, uma vez que se trataria de norma integrativa não federal. (Aliás, cairiam no mesmo caso todos os crimes em cuja definição entrasse o requisito da "infração do dever funcional").

Além do exposto, cumpre lembrar que até a lei estrangeira pode ser reclamada pela norma em branco. Se proibido fôsse ao legislador federal autorizar o legislador estadual a completar leis penais, como seria sequer concebível que aquêle legislador pudesse conceder habilitação semelhante ao legislador estrangeiro? E sabemos que em várias disposições criminais isso ocorre, como no já mencionado art. 289 do Código, no art. 18 do Decreto-lei n.º 314, de 13 de março de 1967 (Lei de Segurança), em que a legislação de cada país é que determinará o que seja sua bandeira, seu emblema, seu escudo.

Por isso mesmo, consideramos por assentado que as leis em branco podem ser acoguladas por qualquer norma que apresente

aspecto material de lei. Com a recíproca verdadeira: só esse tipo de norma pode ser aceito como completador da lei moldura.

9. Sabendo, já, quais as normas aceitáveis no preenchimento da lei aberta — leis estaduais, leis municipais, leis estrangeiras, normas administrativas — ocupemo-nos de um aspecto muito interessante relativamente às últimas.

A expressão usada — *norma administrativa* — não tem uso corrente no Direito Administrativo, porém, com facilidade, sobretudo levando em conta os requisitos antes enunciados para admitir uma norma como apta a completar a lei penal em branco, identificamos aquela, no terreno dos administrativistas, com o ato administrativo normativo. Essa a designação tecnicamente correta.

O ato administrativo compõe-se de cinco elementos básicos, que constituem sua infra-estrutura (71):

- I — Competência
- II — Finalidade
- III — Forma
- IV — Motivo
- V — Objeto

Vejamos, resumidamente, em que consistem os cinco elementos básicos do ato administrativo:

I — *Competência* para prática do ato administrativo corresponde à “quantidade de poder atribuído aos agentes da Administração para o desempenho de suas atribuições específicas”. Está necessariamente prefixada na lei. Trata-se de requisito de ordem pública, do que decorre ser intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. O ato praticado por agente incompetente é nulo ou anulável, “por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja a correta manifestação da vontade da Administração”.

II — *Finalidade* é o objetivo de interesse público a atingir. “Não se compreende ato administrativo sem fim público”. A fi-

(71) Cf. SEABRA FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, pg. 40, Rio, 1957; HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, pgs. 155/156, São Paulo, 1964.

Na matéria que se segue, estaremos acompanhando a linha de exposição deste último, sendo seus trechos aspeados.

nalidade é a que vem expressa na lei, e o administrador não pode alterá-la. Quando isso ocorre, caracteriza-se o *desvio de poder* (*détournement de pouvoir*; *sviamento di potere*), o que rende ensejo à invalidação do ato.

III — *Forma* é o “revestimento material” do ato. Através dela é que o ato administrativo se exterioriza. Irrito é o ato que desatende ao aspecto formal que a lei lhe determinou.

IV — *Motivo* “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo”. A lei pode explicitá-lo ou deixá-lo a critério do administrador.

V — *Objeto* é o conteúdo do ato, “a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à atuação do Poder Público”.

Estaqueada sobre a discriminação acima, apresenta-se a classificação dos atos administrativos em *atos vinculados* e *atos discricionários*.

Nos primeiros, a atividade do administrador está inteiramente subordinada ao comando legal que a autoriza, isto é, os cinco elementos constituidores do ato administrativo estão amarrados a um dispositivo legal. Nos segundos, a autoridade age discricionariamente no que se refere ao *mérito* do ato. Muita vacilação vamos encontrar na doutrina, sobre o que seja *mérito do ato administrativo*; todavia, é orientação moderna, sobretudo entre nós, a de que o mérito diz com os elementos *motivo* e *objeto* do ato. Assim, ato discricionário é aquele em que o administrador pode agir livremente no que respeita ao motivo e ao objeto, ou seja, em que a lei não predetermina à autoridade tais elementos. Por aí se vê que nunca o ato administrativo poderá ser arbitrário, uma vez que, no máximo, se permite ao administrador liberdade quanto aos elementos motivo e objeto, sendo que os demais — competência, forma e finalidade — terão sempre de estar em estrita conformação com as disposições da lei.

Aqui surge uma situação curiosa, relativamente à questão das normas em branco. Nem sempre as normas administrativas que completam essas leis são estabelecidas com tal finalidade específica. Muita vez, decorrem de interesses precipuamente administrativos sendo, por assim dizer, secundariamente imantadas para o campo penal. Nascem, pois, em muitos casos, sob a égide de leis

extra-penais, só depois vinculando-se a leis penais. Ocorre, e isso é o que queremos salientar, que é comum haver normas administrativas de interesse concomitante para o direito penal e o direito extra-penal. E então só acontecer que uma norma administrativa possa ser classificada como vinculada, do ponto-de-vista da lei administrativa, ao mesmo tempo que se classifique como discricionária, relativamente à lei penal, e vice-versa. Essa constatação tem importância no que tange ao assunto que em seguida será ferido.

Antes, porém, julgamos oportuno fazer uma observação *de lege ferenda*: o mais acertado seria, por se tratar de campo tão delicado, o do direito punitivo, que *só se admitisse como completiva de uma norma penal uma norma administrativa vinculada a ela*.

O controle jurisdicional se exerce de maneira diversa, conforme se trate de ato vinculado ou discricionário. No caso dos atos vinculados, pode o judiciário examinar a legalidade de todos os seus elementos constitutivos, o que é consectário natural de estarem todos esses elementos presos a um texto de lei. No ato discricionário, porém, escapam da fiscalização judicial os elementos motivo e objeto, uma vez que, conforme já verificamos, nesse tipo o administrador dispõe de liberdade quanto ao mérito do ato (72).

Com base no exposto, podemos estabelecer quatro tipos de normas administrativas, no que respeita ao preenchimento do branco da lei penal:

- a) normas administrativas *vinculadas* à lei penal e à lei extra-penal, conjuntamente;
- b) normas administrativas *vinculadas* à lei penal e *discricionárias* com relação à lei extra-penal;
- c) normas *discricionárias* quanto à lei penal e *vinculadas* à lei extra-penal;
- d) normas *discricionárias* para a lei penal e extra-penal.

Para melhor esclarecer o assunto, permitimo-nos exemplificar as hipóteses, da seguinte forma:

(72) Os penalistas, em geral, não se apercebem desta distinção, do que resulta afirmarem que a completiva administrativa não pode sofrer exame de mérito. Por essa afirmação radical: GARRAUD, ob. cit., pg. 225; MASSARI, ob. cit., pgs. 18/19.

hipótese *sub a* — uma lei penal que punisse o desrespeito à tabela da autoridade administrativa fixadora de *preço justo para artigos de primeira necessidade*, concomitante a uma lei extra-penal que autorizasse o Executivo a baixar tabela de *preços justos para artigos de primeira necessidade* (o ato seria vinculado tanto pela lei penal quanto pela lei extra-penal, uma vez que o motivo — justiça de preço — e o objeto — artigos de primeira necessidade — estão prefixados em ambas as leis).

hipótese *sub b* — uma lei penal similar à do item acima, enquanto a lei extra-penal autorizasse à Administração a baixar tabela de preços para as mercadorias que julgasse conveniente.

hipótese *sub c* — o inverso do item *b*: a lei penal punindo o desrespeito a tabelas de preços fixadas pela autoridade, enquanto a lei extra-penal contivesse os requisitos — preço justo e artigos de primeira necessidade.

hipótese *sub d* — a lei penal e a extra-penal apenas se referissem a tabelas baixadas pela Administração, sem qualquer especificação.

Com base no esquema supra traçado, julgamos que o controle jurisdicional deve ser feito da maneira seguinte:

Em qualquer hipótese o Juiz criminal poderá examinar, invalidando se fôr o caso, as normas administrativas integradoras do preceito penal quanto aos aspectos competência, forma e finalidade, uma vez que tais elementos necessariamente estarão subordinados ao texto legal-penal.

Quanto aos elementos motivo e objeto, a competência do juiz criminal surge, apenas, nos itens figurados acima *sub a* e *b*, isto é, quando a norma completiva fôr classificável como *vinculada à lei penal*. Mesmo quando o ato administrativo merecer ser qualificado como vinculado do ponto-de-vista administrativo, se fôr discricionário pelo prisma da lei penal, entendemos que falece competência ao magistrado do processo criminal para entrar no

exame de mérito que independe da norma penal. Tal parece-nos a solução correta, para prevenir confusões inevitáveis que, de outra maneira, ocorreriam.

O art. 281 do Código pune a importação, etc., de substância entorpecente, deixando em branco o que seja substância entorpecente, cuja definição decorre de ato administrativo normativo vinculado à lei penal. Com efeito, a autoridade não pode variar no motivo ou no objeto, sua atividade fica gizada nos estreitos limites prefixados na norma penal. Por conseqüência, diante do caso concreto, o juiz criminal poderá examinar se o regulamento administrativo que elencou as substâncias entorpecentes fê-lo em obediência ao ditado na lei penal ou não, e, nesse último caso, deverá irritá-lo em sua decisão. Já no caso do art. 334, o ato administrativo é discricionário sob o aspecto da lei penal: ela pune a importação ou exportação de mercadoria proibida, e entrega à Administração a tarefa de fixar a lista de tais mercadorias. O motivo e o objeto da norma administrativa completa são deixados ao alvedrio da autoridade que, de acôrdo com sua conveniência e oportunidade, escolherá as mercadorias a incluir na relação das proibidas.

10. Sôbre o instituto da retroatividade benéfica pouco diremos, por isso que se revela tema em geral não polêmico, com construção de estrutura sólida, concordando os autores nos aspectos fundamentais.

A maioria aceita ter por base, o benefício, razões de estrita justiça, não se tratando de um instituto *humanitatis causa* (73). O art. 2.º do Código Penal é legítimo e racional, porque se uma dada incriminação não corresponde à nova consciência jurídica e ética do legislador, seria gritante e absurdo manter-se alguém condenado por ela (74): haveria evidente incongruência (75).

(73) PESSINA, ob. cit., pg. 27; FRANCESCO CARRARA, *Programa do Curso de Direito Criminal*, Parte Geral, vol. II, trad de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, pg. 226, São Paulo, 1957; CHAUVEAU ADOLPHE ET FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du Code Penal*, tom. 1.º, pg. 51, Paris, 1861; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tom. I, pg. 210, 12.ª ed., Barcelona, 1956 (em nota, cita como da mesma opinião PESSINA, ALIMENA, GRISPIGNI, além de GARBAUD).

(74) FALCHI, ob. cit., pg. 184.

(75) ASÚA, ob. cit., pg. 543.

Por isso, mesmo quando haja sentença com força de definitiva, a lei nova que desincrimina o fato antes delituoso tem a virtude de fazer cessar a execução e os efeitos da condenação.

O parágrafo único do dispositivo citado estabelece a mesma orientação, quando o benefício da lei moderna disser respeito à pena. No caso, porém, em que houver favorecimento de espécie diversa das já referidas, a lei posterior só retroage ao fato não definitivamente decidido.

O art. 3.º excepciona as regras acima, no sentido de considerar ultrativa a lei excepcional ou temporária.

Esse o sistema adotado, na matéria, pelo Código Penal.

A Constituição de 1946, contudo, ao estatuir o art. 141, § 2º (“A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”) modificou o estatuto repressivo, no entender da maioria dos nossos autores. Admitiu-se que aquêle dispositivo impunha a obrigatoriedade da aplicação retroativa da lei mais benigna, em qualquer caso (76), ficando eliminadas as exceções do art. 2.º, parágrafo único, e art. 3.º. A amplitude dessa exegese comportava, apenas, uma única restrição (e, assim mesmo, discutível): a lei excepcional ou temporária via mantida sua aplicação mesmo depois de vencido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a tinham determinado, desde que não surgisse lei nova revogatória (77). A Constituição determinava a aplicação retroativa da lei mais doce, mas não proibia a ultratividade agasalhada no comando ordinário.

Tendo em conta que a Carta de 1967 cuida do assunto de maneira diversa, julgamos curial voltarmos para ela, abdicando de examinar mais detidamente a interpretação desenvolvida sôbre o texto revogado.

Diz o art. 150, § 16 da Constituição vigente: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

Se a regra da Lei Magna anterior não era das mais claras, a atual prima pela obscuridade. De pronto, podemos observar que a primeira oração nada tem a ver com o resto do período, o que

(76) E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1.º vol., 4.ª ed., pg. 87, São Paulo; FREDERICO MARQUES, ob. cit., pg. 207; BASILEU GARCIA, ob. cit., pg. 147; NÉLSON HUNGRIA, ob. cit., pg. 110.

(77) BASILEU GARCIA, ob. cit., pgs. 149/151.

já seria de merecer crítica. Além disso, está separada das demais por uma vírgula, quando, pela absoluta falta de relação substancial entre elas, deveria haver um ponto, ou, pelo menos, um ponto-e-vírgula, a indicar essa disparidade de conteúdos. Adiante veremos outras dificuldades surgirem.

Na oração “observada a lei anterior quanto ao crime e à pena” vemos inscrito de maneira diversa mas reconhecível, o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, cunhado por FEUER-BACH. Continua sob o pavês constitucional o princípio da reserva legal.

Em seguida, faz-se referência à retroatividade benéfica: “salvo quando agravar a situação do réu”. Sempre que a lei posterior beneficiar o agente, quanto ao crime e à pena, retroagirá.

Inicialmente, então, podemos dessumir, sem lugar para interpretação diversa, que:

- a) — fica mantida a regra do art. 2.º, *caput*, do Código Penal;
- b) — permanece válida a última parte do parágrafo do mesmo artigo;
- c) — o art. 3.º fica revogado, no sentido de que, sobrevindo uma lei melhor para o réu, quanto ao crime e à pena, terá efeito retroativo ainda quanto à lei temporária ou excepcional.

Duas dúvidas sérias, todavia, sucita o comando da Lei Maior:

1 — Proibiu a aplicação de lei posterior mais benigna, “que de outro modo favorece o agente” (primeira parte do art. 2.º, parágrafo único), ao fazer a referência restritiva “quanto ao crime e à pena”?

2 — Resguardou a ultratividade da lei excepcional ou temporária?

O primeiro ponto demanda a verificação do sentido que o constituinte quis dar à expressão “lei... quanto ao crime e à pena”. À primeira vista, a fórmula empregada poderia gerar a impressão de que o legislador pretendeu fazer referência à norma específica (incriminadora) penal, aquela que encerra a figura do crime e a sanção. Dessarte, estariam foram do benefício da retroatividade tôdas as outras normas penais. Esse entendimento, contudo, não pode ser admitido, de nenhuma forma:

I — a garantia da irretroatividade *in pejus* está amarrada, também, à “lei... quanto ao crime e à pena”, no § 16 em exame. A se entender essa expressão como compreendendo exclusivamente as normas específicas, teríamos por descobertas da garantia do *nullum crimen* tôdas as demais normas que compõem a legislação penal. O que, positivamente, representa um retrocesso que não pode ter estado na mente do constituinte;

II — como já vimos, a doutrina, pelo menos em boa parte, não concebe as normas gerais *per se stanti*, considerando que elas acedem às normas específicas. Nessa forma, são tão “leis... quanto ao crime e à pena” quanto as específicas;

III — a supressão da retroatividade da lei mais doce, que, sem suprimir o crime ou diminuir a pena, de qualquer modo favorece o acusado, representaria uma mudança tão radical e um golpe tão profundo na nossa tradição jurídica (já o Código de 1890, no art. 3.º, a contemplava) que só seria de se admitir através de um dispositivo que não deixasse qualquer margem para dúvidas. E não é o caso.

A menção a “lei... quanto ao crime e à pena” revela, a nosso ver, que o constituinte quis deixar bem claro não admitir a extensão da retroatividade benéfica à lei do processo. Havendo ajuizado num mesmo dispositivo uma norma de direito adjetivo (“A instrução criminal será contraditória”) e outra de direito substantivo, ao fixar a regra da retroatividade *in melius* para a segunda, necessitou lançar mão de um recurso para significar que só à última tinha referência o benefício. E a fórmula que encontrou para distinguir lei de direito adjetivo de lei de direito substantivo foi a que estamos examinando. Por consequência, a expressão “lei... quanto ao crime e à pena” deve ser entendida como “lei de direito penal substantivo”.

Do que decorre reconhecer que manteve a orientação da Constituição de 1946, isto é, tôda vez que a lei nova beneficiar, *de qualquer modo*, o réu, retroagirá, mesmo que já haja sentença definitiva no processo.

Quanto ao segundo ponto, a questão mostra-se mais intrincada. A Carta Magna de 1946 dizia: a lei retroagirá quando beneficiar o réu. O Código afirma: a lei transitória tem força ultrativa, mantém seus efeitos mesmo depois de decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram. Assim,

quando êsse tipo de lei deixava de vigorar por efeito do termo dela mesma constante, e não em razão de uma lei posterior, era possível admitir que permanecia ultrativa, na forma da legislação ordinária, uma vez que não havia uma lei posterior benéfica para ser retroativa.

Mas a Constituição vigente usa fórmula bem diversa: “observada a lei anterior... salvo quando agravar a situação do réu”. Não exige, como a de 1946, uma lei posterior melhor para o réu. Não pretendeu repetir a Carta revogada; senão diria: “observada a lei anterior... salvo quando uma lei posterior melhorar a situação do réu”.

Ora, diante de uma hipótese em que o agente esteja incriminado por fato previsto em lei *não mais vigente* (lei transitória que chegou a termo), como negar que se lhe está sendo aplicada *lei anterior que agrava sua situação*? A lei que deixou de vigorar é, desenganadamente, lei anterior, relativamente à situação do réu. Logo, se agrava essa situação, temos de considerar proibida sua aplicação ultrativa.

Parece-nos, por conseguinte, podermos extrair mais dois princípios para acrescentar aos já expendidos, com relação ao art. 150, § 16:

d) — permanece válido o benefício da primeira parte do art. 2.º, parágrafo único do Código Penal, sem a restrição relativa ao fato definitivamente julgado;

e) — revogado está o art. 3.º do Código Penal.

Do que se infere uma regra geral: em tema de direito substantivo penal a Constituição determinou a volta da legislação ordinária ao regime do Código de 1890, adotando o princípio da retroatividade favorável em toda sua extensão.

Filiou-se, decididamente, à lição de CARRARA sôbre a matéria:

“De modo que toda esta doutrina da influência jurídica que a lei nova pode exercer sôbre as penas aplicáveis aos fatos anteriores se resume numa única fórmula, que oferece a solução de todos os problemas e de todas as combinações possíveis. Em tal assunto, *prevalece aquilo que mais redundava em favor do acusado*. Eis a última verdade a que deve ser levada esta teoria” (78).

(78) CARRARA, ob. cit., pg. 237 (coincidentemente, CARRARA excluía do benefício a lei do processo).

O que, *data venia*, não nos parece a melhor orientação, do ponto de vista da política criminal, como adiante veremos.

11. Estabelecidas as considerações precedentes, passemos, imediatamente, a abordar o tema central do presente trabalho.

Revogada a norma completiva por outra mais favorável à situação do réu, aplica-se o benefício da retroatividade *in melius*, com relação à lei penal em branco, em cujo preceito aquela se integrava?

Ou, tendo em vista que muitos autores não distinguem as normas de completação homogênea (completiva ditada pela mesma fonte legislativa de que emanou a norma mãe) das normas de completação heterogênea (completiva de autoridade inferior da que decretou a norma mãe), tratando da questão em foco conjuntamente em relação às duas espécies de normas, e para que não fique incompleto nosso trabalho, e, mais ainda, porque, sob vários aspectos, há, realmente, correlação de matéria, transmudamos para facilidade de análise a indagação acima na seguinte, de caráter mais geral:

Revogada a norma completiva por outra mais favorável à situação do réu, aplica-se o benefício da retroatividade *in melius*, com relação à lei fragmentária em cujo preceito aquela se integrava?

Inicialmente, examinaremos as várias soluções levando em conta, apenas, os princípios estatuídos no Código Penal, desprezando as modificações por êles sofridas face aos dispositivos constitucionais. Raciocinaremos como se estivessem integralmente em vigor os arts. 2.º e 3.º do diploma criminal de 1940. Ao final, então, abordaremos o problema tendo em conta os preceptivos da Lei Maior.

A questão, na doutrina nacional e estrangeira, tem-se mostrado árdua, com argumentos de boa qualidade pelas correntes em divergência (79). Estas podem ser grupadas da seguinte maneira:

(79) BASILEU GARCIA, ob. cit., pg. 155.

- 1.^a — A da negativa radical;
- 2.^a — A da afirmativa radical;
- 3.^a — A intermediária.

Cuidemos de examiná-las.

1.^a solução (80)

As normas penais em branco não são revogadas em consequência da revogação de seus complementos (outra norma legal ou regulamentos, portarias, editais, etc., condicionantes de sua aplicação). A circunstância de que, com a cessação dos complementos, deixam de ser aplicáveis, somente diz com o futuro. A norma penal não é revogada, mas apenas vem a faltar, temporariamente, ou não, para o futuro, a eventualidade condicionante da pena.

Sem embargo da admiração que merecem os juristas que esposam semelhante teoria, somos obrigados a afirmar que ela não representa mais que um jôgo de palavras, cujo sentido é sobremaneira extravagante no direito penal.

Inicialmente, não conseguimos atinar como é que se pode sustentar tal ponto de vista, face aos termos expressos do art. 2.^o (ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime), relativamente às leis penais que se completam com outras leis da mesma hierarquia. O art. 2.^o refere-se a *lei posterior*, não acrescentando o predicado *penal* no seu comando. Ora, se um determinado delito tinha o preceito composto de uma lei penal (isto é, um preceito genérico com sanção penal) que se completava com uma outra lei de idêntica fonte legislativa — lei formal-material — como será possível coartar a aplicação do art. 2.^o no caso da última vir a ser revogada? É evidente que nesse caso temos uma *lei posterior* suprimindo o *fato* que a *lei anterior* considerava crime. Mesmo aceitando-se que a lei completiva de um preceito penal possa ser considerada não penal, ou extra-penal, com o que não concordamos, isso não pode obstar a aplicação do art. 2.^o, porque êle se refere simplesmente a *lei posterior* e não a *lei posterior penal*. O adjetivo *penal* não consta da lei, e contraria tôdas as regras de hermenêutica a interpretação que vise a fazê-lo

(80) MANZINI, ob. cit., pg. 428; HUNGRIA, ob. cit., pgs. 129/130; LYRA, ob. cit., pg. 17.

brotar daquele texto. (Além disso, cumpre levar em conta tudo o que foi dito no n.^o 7).

Porém, mesmo que se trate de lei material-não-formal, a situação não se adultera, porque essa, quando entra a integrar um preceito penal, adquire foros de lei igual a qualquer outra.

E o mais curioso de tudo, o que nos deixa perplexos, é que os mesmos Autores que defendem a solução em exame não hesitam em afirmar de maneira categórica: a disposição de lei ou de autoridade, enquanto integrante da norma penal em branco, assume o caráter de *lei penal*, para qualquer consequência de direito (81); tôdas as várias normas que, em função de esclarecimento, de pressuposto, de elemento constitutivo do crime, sejam elas de direito civil, administrativo, etc., acedem ao *praeceptum juris*, concorrem tôdas na formação da norma penal, e tôdas têm, em relação a esta, valor essencialmente constitutivo (82).

Se assim é, e realmente o é, como falar em “complementos” que “tornam aplicáveis as normas”, em elementos “condicionantes” etc.? Mas se está reconhecido que as completivas “concorrem na formação da norma penal”, “acedem ao *praeceptum juris*”, com “valor essencialmente constitutivo”, como afirmar que o modelo, o *fato* abstrato tido como crime, não ficou alterado, se alterada foi a norma que o descrevia?

A respeito de venda de mercadoria por preço superior ao fixado em tabela oficial, modificada ou alterada essa tabela, sustentou-se que essa modificação ou alteração não influi para modificar o delito anteriormente praticado, porque *as circunstâncias de direito e não de fato* é que podem retroagir para modificar as condições repressivas do crime; o fato não deixou de ser punido por lei posterior, para que se impusesse a retroatividade benigna (83).

(81) * MANZINI, ob. cit., pgs. 268/269; curiosamente, o grande jurista, pouco adiante (pg. 437) declara que, se as modificações ocorridas nos complementos da norma penal em branco são aptas a alterar o preceito penal em sentido mais contrário ou mais favorável à liberdade, não há dúvida de que se deve aplicar também, neste caso, a regra da não-extratatividade, salvo as exceções relativas a leis temporárias ou excepcionais. Essa contradição talvez seja decorrência de que, na 1.^a edição do seu *Tratado*, MANZINI era favorável à retroatividade na hipótese em causa (v. FREDERICO MARQUES, ob. cit., pg. 225, n. 2).

(82) HUNGRIA, ob. cit., vol. II, pgs. 223/224, transcrevendo e encampando um trecho de MASSARI.

(83) PHILADELPHO AZEVEDO, voto vencedor, *Um Triênio de Judicatura*, vol. IX, pgs. 33 a 36, *apud* ROBERTO LYRA, ob. cit., pgs. 14/15.

A tabela de preços é circunstância de fato? Um ato administrativo normativo, com as características da generalidade e da obrigatoriedade, que integra uma norma penal, o preceito de uma lei penal, é circunstância de fato? As circunstâncias de fato dizem com o *fato concreto* do crime; a tabela de preços integra a *figura abstrata do modelo penal*. Ajuda a compor o tipo (abstrato); as circunstâncias de fato compõem a ação (concreta) conforme ao tipo. Há evidente confusão, naquelas afirmativas, por desprezadas as considerações por nós expendidas no n.º 5.

Se a solução em exame, sob o aspecto estritamente lógico, padece de claríssima contradição interna, merece, por outro lado, a coima de odiosa, na perspectiva da justiça material. Imagine-se o médico condenado por omissão de denúncia de doença contemplada no regulamento da saúde pública como contagiosa, se, posteriormente a autoridade revoga o regulamento, por constatado não ser aquêl mal susceptível de contágio (84); ou o indivíduo dado como incurso no art. 281, por ter em depósito substância que a autoridade administrativa fazia figurar no ato normativo próprio, como entorpecente, se êsse ato é modificado face à verificação de não ser aquela substância entorpecente, sendo a substância retirada da relação. Em qualquer dessas hipóteses, o que era considerado delito deixou de sê-lo, por não corresponder mais, sua incriminação, à nova consciência jurídica e ética do legislador.

Como, por consequência, negar-se a êsses réus o benefício do art. 2.º?

A solução radical negativa é, sem dúvida, injurídica e desumana.

2.ª solução (85)

A norma completiva, enquanto preceito ou parte de preceito de uma norma penal, e que compõe ou coopera para compor a figura abstrata de um delito, deve ser dado idêntico tratamento que às demais leis penais, por isso que outra coisa não é que lei penal.

(84) BASILEU GARCIA, ob. cit., pg. 156.

(85) "Se entiende por ley más benigna la que produce en el caso concreto el resultado más favorable para el autor; especialmente es ley más benigna la ley no penal". "La ley penal infiere con frecuencia sus preceptos típicos de zonas o terrenos extra-penales; en tales casos, éstos llegan a ser partes integrantes de la misma ley penal. O, dicho de otra manera: "ley"

Sendo revogada, é forçoso reconhecer que o fato abstrato que incriminava ou contribuía para incriminar, desfigurou-se, sendo imperativa a aplicação do artigo 2.º, uma vez que a lei não mais considera como crime aquêl fato.

Sob o aspecto lógico e jurídico, parece irrespondível essa posição, estando justificada na forma da matéria exposta na primeira parte dêste trabalho.

Há, contudo, contra a adoção dêsse ponto de vista, um argumento de política criminal: inúmeras leis em branco ficariam, dessa forma, praticamente, sem aplicação, por se integrarem de completivas sujeitas a freqüentes mudanças, tais como tabelas de preços, tabelas aduaneiras, certas regras de trânsito (que fixam a mão de direção ou a velocidade máxima das ruas), etc. Haveria um enfraquecimento de todo inconveniente com relação ao mecanismo defensivo da sociedade.

3.ª solução

Tudo indica ser esta solução resultado da circunstância observada acima. Buscaram seus seguidores uma fórmula jurídica possibilitadora de uma aplicação flexível da retroatividade benéfica, de tal sorte que, respeitadas os princípios jurídicos, fôsse mantida a função protetora do direito positivo, em tôda a sua eficiência.

Duas correntes se formaram:

Uma considerando que a modificação da completiva importa em lei mais benigna, e não em lei que desincrimina o fato (86).

en el sentido del párrafo segundo del parágrafo 2 del Código Penal, es el total "estado jurídico" del que depende la pena. Y no es lícita una separación y diferencia dentro del mismo" (MEZGER, ob. cit., pg. 113). "En suma: las leyes situadas fuera del orden penal si bien *en si mismas*, por no constituir leyes penales, no son retroactivas, son retroactivas *en cuanto son parte integrante de la ley penal*. La bondad de esta conclusión tan sólo puede ser puesta en tela de juicio rechazando la premisa antes sentada; a saber que las leyes situadas fuera de la ley punitiva que llenan el blanco de la disposición penal pasan a formar parte integrante de la ley penal" (MAURACH, ob. cit., pg. 144).

Cumprê observar que a legislação alemã não distingue, para efeito de tratamento, a lei que suprime o delito da lei que favorece de outro modo; por isso, ambas são englobadas pelos autores tedescos, sob o mesmo nome de leis mais benignas.

(86) BASILEU GARCIA parece adotar essa posição, embora não o diga taxativamente (ob. cit., pgs. 155/156); ANÍBAL BRUNO adota o ponto de vista de MEZGER, mas coloca o caso como sendo de lei mais benigna, cuja retroatividade cessa frente à coisa julgada. Parece-nos que não levou em conta

Outra entendendo que a retroatividade favorável só se aplica quando a modificação da completiva importa verdadeira alteração da figura abstrata do direito penal, e não mera circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma (87).

Julgamos manifesta a falta de suporte jurídico de ambas, por repousarem em critério inteiramente arbitrário. Não há possibilidade de mudança de completiva que deixe de importar em mudança da norma mãe. Ela faz parte do preceito; compõe o preceito; limita os extremos do modelo incriminado na lei; integra o tipo; é de tanta importância para o preceito da norma em branco quanto o são as orações que compõem o preceito de uma norma íntegra. Pelo princípio da reserva legal, a lei cria fatos expressos a que comina uma sanção penal. Fatos abstratos, mas fatos. E fixa precisamente o complexo de todos os elementos, pressupostos, características, requisitos, do comportamento que proíbe. Nas leis em branco é a completiva que exerce essa função, a função da lei, e, por isso mesmo, tem de ser tida por lei.

A razão de ser da norma em branco é a mesma da norma geral: comodidade, economia técnico-legal. A diferença reside, apenas, em que as normas gerais convergem tôdas para unificar-se em cada dispositivo da parte especial do Código; a norma em branco recebe de fora as normas que vêm a ela se agregar. O preceito da norma do artigo 130, por exemplo, pode ser lido assim: é proibido expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de *sífilis*, de que sabe ou deve saber que está contaminado; é proibido expor alguém, por meio de relações sexuais, ou qualquer ato libidinoso, a contágio de *blenorragia*, de que sabe etc., e assim por diante, até que se esgote o elenco da norma administrativa que relaciona as doenças venéreas (Regulamento da Saúde Pública). A lei não é mais doce; elimina o fato crime.

A lei em branco, ao contrário do que se possa pensar, tem um preceito muito precisamente definido. Só atua quando acogulada, e quando acogulada fixa figuras delituosas especificadas.

que para o penalista alemão não faz diferença dizer que a lei "desincrimina o fato" ou é "mais benigna", como mostramos na nota anterior; daí usar essa última expressão. Porém, se fôsse distinguir, tendo em vista a sua linha de argumentação, julgamos que falaria em desincriminação.

(87) SOLER (ob. cit., pág. 210); ASÚA (ob. cit., pgs. 562/563 e 573/574); MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pg. 92).

Quando o legislador necessita lançar mão de preceitos menos estritos, de preceitos de caráter mais geral, de preceitos que permitam uma certa liberdade de interpretação por parte do juiz que vai aplicar a lei, não estabelece normas em branco, que não servem para esse fim, mas usa normas íntegras de conteúdo aberto (88), tais como: ofender o *decôro*, praticar *ato libidinoso*, ofender a *honra*, desobedecer a *ordem legal*, induzir *mulher honesta*, manter *alguém em erro*, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio *fraudulento*, com o emprêgo... de *outro meio insidioso ou cruel* etc.

A norma em branco só tem preceito impreciso enquanto não completada, mas nesse caso é inaplicável; quando completada, seu preceito é tão ou mais definido que o preceito de qualquer norma íntegra.

À lei penal pertence o tipo, a sùmula daqueles pressupostos dos quais depende a pena como conseqüência jurídica. Não raro, ela infere seus preceitos típicos de zonas ou terrenos extra-penais; em tais casos, êstes chegam a ser partes integrantes da mesma lei penal; ou, dito de outra forma, a lei prevê o "total estado jurídico" de que depende a pena. E não é lícito uma separação e diferença dentro do mesmo (89).

Afirmar, nesse ou naquele caso, que a revogação da completiva não produziu verdadeira alteração da figura do crime, é mais que injurídico, é *ilegal* (alteração com relação à parte especificamente revogada, é claro); e a retroatividade *in melius* evidentemente só se aplicará em favor do agente cuja ação se enquadra naquela parte do modelo alterada; é, como já anotamos, o mesmo que ocorre quando a lei posterior modifica o preceito da anterior, suprimindo uma oração ou uma palavra: se uma lei nova suprimisse o termo "em locação" no art. 171, § 1.º, n.º I, é claro que só extinguiria a punibilidade com referência aos réus incriminados por aquela modalidade do delito, não importando qualquer benefício para os acusados da prática do crime na forma "vender", "permutar", "dar em pagamento", ou "dar em garantia".

(88) "*Offene Tatbestände*", de tipo aberto, ou de tipicidade aberta, cuja norma proibitiva reclama tácitamente um preenchimento por parte do juiz (WILHELM GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen*, pg. 24, Berlin, 1955).

(89) MEZGER, ob. cit., pg. 117.

A circunstância da lei posterior modificativa deixar subsistente a norma significa, apenas, que seus efeitos não de se dar nos limites que acabamos de referir. Porém, seria contrário à lei negar tais efeitos. Observe-se a seguinte hipótese: a lei anterior fixava, para o crime de sedução, a circunstância da vítima ser *menor de idade*. Tratava-se, como se percebe, de norma fragmentária de complementação homogênea heterovitalina, porque integrada pela lei civil. Esta estabelecia a menoridade em 21 anos. Suponha-se que um determinado réu tenha sido condenado por violação desse delito, sendo que a seduzida contava 20 anos de idade. Sobrevindo uma modificação na lei penal, no sentido de substituir a expressão “menor de idade” por “menor de 18 anos” ou advindo uma alteração na lei civil limitando em 18 anos a menoridade, em qualquer caso, alguém se aventuraria a negar àquele réu o benefício do art. 2.º?

O fato que praticara deixou de ser considerado crime pela lei posterior, sem nenhuma dúvida.

Porém, a modificação da norma não importou verdadeira alteração da figura do crime, *nada teve com a subsistência da norma*.

A verdade é esta: qualquer alteração do “total estado jurídico” de que depende a pena conduz à aplicação do art. 2.º, se beneficia o agente.

O que há necessidade de ficar bem claro é que somente as leis (atos que contêm normas jurídicas, ou fragmentos delas, com as características da obrigatoriedade e, sobretudo, da generalidade) podem fixar o “total estado jurídico”, jamais um ato singular, individual, que não possua os requisitos de lei material. Aqui sim, podemos falar de circunstâncias de fato que deixam a norma integralmente subsistente.

Assim, no caso do art. 19 da Lei das Contravenções Penais, se o agente, posteriormente à prática do delito, vem a obter licença para portar arma, tal circunstância em nada altera o crime praticado, porque é circunstância de fato e não de direito. Ou na hipótese do art. 330 do Código Penal se, posteriormente, a autoridade revoga a ordem desobedecida, essa revogação não pode importar em nenhuma vantagem para o infrator, uma vez que diz respeito ao fato crime, ao crime no mundo natural, nada tendo que ver com o fato abstrato, com a norma jurídica estatuidora do modelo do tipo do delito.

Por isso mesmo da máxima importância o que sustentamos no n.º 5.

Nossa solução

I — Temos por assentado que a completiva (homogênea ou heterogênea) é lei penal. Dessarte, tôdas as regras comuns às demais leis penais são aplicáveis. Inclusive a do art. 2.º do Código Penal.

II — Sob o aspecto da política criminal, a admissão *tout court* dessa verdade pode ser nociva, por enfraquecer o mecanismo de defesa social.

III — Investigaremos no sentido de encontrar uma solução que, cientificamente correta, possa superar a balda apontada. Começemos por contrastar as hipóteses extremas em que, apenas pelo bom senso, pareça desarrazoado adotar-se uma solução idêntica para casos diversos. Confrontemos o crime da Lei de Economia Popular de vender mercadoria por preço superior ao da tabela oficial e o delito do art. 281, relativo ao tráfico de entorpecentes. Alterada a completiva, a aplicação do art. 2.º do Código Penal, no primeiro caso, desarma inteiramente a atividade repressiva do Estado; mas no segundo, a recusa da retroatividade benéfica se apresenta como de extrema injustiça.

Qual o fundamento, ou a craveira, que informa essa verificação?

Não pode haver dúvida que é o caráter excepcional ou temporário da completiva de um, e o caráter estável da completiva do outro, que geram o sentimento de injustiça no reconhecimento da aplicabilidade da retroatividade benéfica lá ou aqui. Quando a completiva tem caráter de permanência, sua revogação traduz que a consciência social não mais vê o fato (que em combinação com a norma mãe ela previa) como ilícito; ao contrário, outras completivas, de caráter eminentemente transitório, tabelas de preço máximo, tarifas alfandegárias, mão de direção das ruas, sofrem alterações sem que estas tenham projeção no sentimento de reprovabilidade produzido pela infringência da norma.

IV — Na sistematização da retroatividade benigna, os penalistas enfrentaram o problema, dando-lhe a solução adequada: excluíram do benefício as leis excepcionais ou temporárias.

Ora, se temos por inconcusso que as completivas (homogêneas ou heterogêneas) são leis penais (uma vez que não conse-

guimos admitir que a norma que serve de preceito não seja lei penal), tudo está a indicar que a elas também se deve impor o princípio da retroatividade em toda sua extensão, ou seja, na forma do art. 2.º *caput*, art. 2.º, parágrafo único, e art. 3.º de nossa lei objetiva.

Cabe, em cada caso, indagar se a norma completadora é estável ou transitória, e, de acôrdo com a resposta, aplicar ou negar aplicação ao benefício (90).

Cumpra salientar que, às vezes, à mesma norma em branco vêm aceder completivas estáveis e transitórias, o que não altera a solução proposta. Suponha-se que o agente esteja respondendo pela infração do art. 121, § 4.º, decorrendo a qualificativa de infração ao Código de Trânsito, no que respeita a dirigir sem carteira de habilitação. Sobrevindo uma modificação do referido Código, no sentido de suprimir a obrigação de habilitação para quem dirige veículos, é claro que deve caber retroatividade benéfica para aquêlê réu (evidentemente apenas quanto à qualificativa, e, em obediência ao art. 2.º, parágrafo único, somente antes de sentença definitiva), uma vez que as regras do Código de Trânsito são caracteristicamente normas estáveis. Se a agravante especial, contudo, tivesse decorrido de inobservância da mão de direção de uma rua, a posterior alteração dessa mão de direção não importaria no reconhecimento do benefício da retroatividade, uma vez que as regras relativas à mão de direção das ruas são, tipicamente, normas transitórias, sujeitas a freqüentes mudanças. Somente seria caso do art. 2.º se houvesse revogação da norma de trânsito que proíbe trafegar na contra-mão de direção.

V — Aplicando a solução adotada a inúmeras hipóteses, encontramos apenas um caso em que, à primeira vista, o resultado se mostrava incongruente: no crime de moeda falsa (91).

A norma completiva que fixa a qualidade “curso legal” de uma moeda tem, incontavelmente, caráter estável. Dentro do nosso ponto de vista, se fôr modificada no sentido da supressão daquele predicado, terá de haver retroatividade em benefício do agente. Não nos impressionamos quanto à possível injustiça mate-

(90) Vimos essa solução a florada por QUEIRÓS FILHO, em parecer no Recurso Criminal n.º 31.664, publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 192, pg. 503; e mencionada por ASÚA (ob. cit., pgs. 562/565 e 573/574) como proferida em parecer pelo Procurador Geral da Nação (Argentina), cujo nome, infelizmente, não registrou.

(91) SEBASTIAN SOLER, ob. cit., pg. 211.

rial dessa decisão. Do ponto de vista ético a conduta do agente continuaria merecendo reprovação, mas sob o aspecto jurídico a solução seria inatacável. Seria uma situação semelhante à de quem, ignorando que determinada moeda já não tem curso legal, procedesse à sua fabricação. Do ponto de vista ético, seu procedimento será reprovável, mas sua absolvição é rigorosamente correta, sob o ângulo jurídico.

Não foi essa a dúvida que nos assaltou, mas a que agora expomos: as leis que suprimem o atributo “curso legal” de uma moeda nunca operam de imediato, sempre fixando um prazo mais ou menos longo *ad futurum* para tal efeito; essa circunstância ensejaria uma promessa de impunidade àquele que falsificasse essa moeda moribunda, visto que, no dia de sua morte dela, faria jus à retroatividade benéfica. No momento mesmo da execução do crime estaria, já, prelibando as delícias de uma extinção de punibilidade com data marcada.

O perigo, todavia, não existe. É que a lei que estabelece um prazo fixo de validade para a moeda até então de curso legal está revogando a lei, de caráter estável, que lhe atribuía tal qualidade; e essa lei revogadora é, tipicamente, pelo menos nessa parte, norma temporária. Dela não se poderia valer o agente para invocar o art. 2.º, *ex vi* do art. 3.º.

12. Mas, conforme já advertimos (ver n.º 10), a Constituição em vigor deliu a cuidadosa elaboração inscrita no Código Penal acerca do instituto da retroatividade *in melius*, de tal sorte que as disposições que com ela se relacionam podem ser resumidas na frase de CARRARA: “Em tal assunto, prevalece aquilo que mais redunde em favor do acusado”, com a única exceção das regras relativas ao processo.

Dessa maneira, sempre que a alteração ou supressão da norma completiva fôr favorável ao réu, será de aplicar-se a retroatividade:

- quer se considere que não há supressão do crime, mas, apenas, lei mais benigna;
- quer haja ou não sentença com trânsito em julgado;
- quer seja a completiva (ou a norma mãe) temporária, ou excepcional ou não.

Mellea lex sed lex.

INDICE ALFABÉTICO DOS AUTORES

cujas obras são citadas no texto do presente trabalho:

- ALIMENA, Bernardino — *Principii di Diritto Penale*, Napole, 1810.
 ANTOLISEI, Francesco — *Elementi di Diritto Penale*, Torino, 1946.
 ASÚA, Luis Jiménez de — *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1950.
 BALESTRA, Carlos Fontán — *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1935.
 BATTAGLINI, Giulio — *Direito Penal*, trad. de P. J. Costa Jr. e A. P. Grinover, São Paulo, 1964.
 BETTIOL, Giuseppe — *Direito Penal*, trad. de P. J. Costa Jr. e Alberto S. Franco, São Paulo, 1966.
 BINDING, Karl — *Compendio di Diritto Penale*, trad. e notas de Adelmo Boretini, Roma, 1927.
 — *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.^a ed., Leipzig, 1916.
 BRUNO, Anfal — *Direito Penal*, Rio, 1959.
 BRUSA, Emílio — *Prolegomeni al Diritto Penale*, Torino, 1888.
 CALÓN, Eugenio Cuello — *Derecho Penal*, 12.^a ed., Barcelona, 1956.
 CAMPOS, Francisco — Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940.
 CARRARA, Francesco, *Programa do Curso de Direito Criminal*, trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. Prestes Barra, S. Paulo, 1957.
 CHAUVEAU, Adolphe, e Faustin Hélie — *Théorie du Code Penal*, Paris, 1861.
 CICALA, Salvatore — *Teoria del Fatto Illecito Penale Coletivo*, Roma, 1942.
 FAGUNDES, Seabra — *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, 1957.
 FALCHI, Giuseppino Ferruccio — *La Legge Penale*, Padova, 1943.
 FARIA, Bento de — *Código Penal Brasileiro*, Rio, 1958.
 FLORIAN, Eugenio — *Parte Generale di Diritto Penale*, Milano, 1934.
 FODERARO, Salvatore — *Il Concetto di Legge*, Milano, 1948.
 FRANCO, Afonso Arinos de Mello — Discurso pronunciado na Câmara de Deputados, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 17, Rio.
 FROSALI, Raul Alberto — *Sistema Penale Italiano*, Torino, 1958.
 — *L'Errore nel Diritto Penale*, in *Studi in Onore di Francesco Antolisei*, Milano, 1965.
 GALLAS, Wilhelm — *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen*, Berlin, 1955.
 GARCIA, Basileu — *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, 3.^a ed.
 GARRAUD, R. — *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, Paris, 1898.
 GOLDSCHMIDT, James — *Teoria General del Proceso*, Madrid, 1963.
 GRAMATICA, Filippo — *Principi di Diritto Penale Soggettivo*, Torino, 1954.
 GRISPIGNI, Filippo — *Diritto Penale Italiano*, Milano, 1950.
 GUADAGNO, Genaro — *Manuale di Diritto Penale*, Roma, 1962.
 HUNGRIA, Néelson — *Comentários ao Código Penal*, 4.^a ed.
 LYRA, Roberto — *A Aplicação da Lei Penal segundo a Jurisprudência do Supremo Tribunal*, Rio, 1961.
 MAGGIORE, Giuseppe — *Derecho Penal*, Bogotá, 1954.
 MANZINI, Vincenzo — *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Santiago S. Melendo, Buenos Aires, 1948.
 MARQUES, José Frederico — *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, 2.^a ed.
 MASSARI, Edoardo — *Le Dottrine Generali del Diritto Penale*, Napoli, 1930.
 — *La Norma Penale*, S. Maria C. V., 1913.

- MAURACH, Reinhart — *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Juan Cordoba Roda, Barcelona, 1962.
 MAXIMILIANO, Carlos — *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, Rio, 5.^a ed.
 MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1964.
 MEZZGER, Edmund — *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1955.
 — *Diritto Penale*, trad. Mandalai, Padova, 1935.
 MIRANDA, Pontes de — *Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a ed., Rio.
 MORAIS, Benjamin de — *Norma Penal*, Rio, 1946.
 NORONHA, Edgar Magalhães — *Direito Penal*, 4.^a ed., São Paulo.
 PANNAIN, Remo — *Manuale di Diritto Penale*, Torino, 1950.
 PAOLI, Giulio — *Principi di Diritto Penale*, Padova, 1926.
 PESSINA, Enrico — *La Legge Penale*, Milano, 1905.
 PETROCELLI, Biagio — *Reexame dos Elementos do Crime*, trad. de Alberto Silva Franco, in *Revista de Criminologia e Direito Penal*, n.º 8, 1965.
 — *Norma Penale e Regolamento*, in *Scritti Giuridici in Onore di Alfredo De Marsico*, II, Milano, 1960.
 QUEIRÓS Filho — Parecer no Recurso Criminal n.º 31.664, in *Revista dos Tribunais*, vol. 192.
 RAGGI, Luigi — *Della Legge Penale e della sua Applicazione*, Milano, 1927.
 SANTORO, Arturo — *Manuale di Diritto Penale*, Torino, 1958.
 SAUER, Wilhelm — *Derecho Penal*, trad. de J. del Rosal e J. Cerezo, Barcelona, 1956.
 SILVA, Carlos Medeiros — *Revista de Direito Administrativo*, vol. 20.
 SOLER, Sebastián — *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1951.
 VON LISZT, Franz — *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, rev. por EBERHARD SCHMIDT, 21.^a ed., Berlin, 1921.
 — *Tratado de Derecho Penal*, trad. de J. Asúa, 3.^a ed., Madrid.

Autores cujas obras são citadas, sem consulta direta:

- BERNER — *apud* KARL BINDING.
 JELLINEK — *apud* CARLOS MAXIMILIANO.
 PHILADELPHO AZEVEDO — *apud* ROBERTO LYRA.
 WALINE, Marcel — *apud* CAIO TÁCITO.

Autores cujos conceitos citados foram colhidos verbalmente:

- ALEIXO, Pedro — Exposição feita no II.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, Brasília, 8/14 de out. de 1967.
 CERNICHIARO, Luiz Vicente — Exposição feita no II.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, Brasília, 8/14 de out. de 1967.
 STEVENSON, Oscar — Exposição registrada em palestra.