

A LEGALIDADE PENAL CONSTITUCIONALMENTE FILTRADA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSTITUTIONALLY FILED PENAL LAW: AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior¹

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a legalidade penal sob o aspecto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entende-se que há um diálogo com as diversas dificuldades entre as ciências penais e a Constituição da República. Isso porque em grande parte dos casos, os preceitos constitucionais são ignorados pela corte ao analisar os aspectos penais. Nesse sentido, busca-se analisar a efetividade prática do princípio da legalidade, à luz dos princípios constitucionais que regem a matéria. Pretende-se, portanto, discutir os resultados oriundos de um cenário em que convivem um discurso de constitucionalização e uma prática inconstitucional, além de repensar as possibilidades do diálogo entre a Constituição e o Direito Penal e o Processo Penal, o qual soa um discurso absolutamente deslocado.

Palavras-chave: Ciência criminal; Constituição; STF.

ABSTRACT: This article intends to analyze the criminal legality under the jurisprudential aspect of the Federal Supreme Court. It is understood that there is a dialogue with various difficulties between the criminal sciences and the Federal Constitution. This is because in most cases constitutional precepts are ignored by the court when analyzing criminal aspects. In this sense, we seek to analyze the practical effectiveness of the principle of legality, in the light of the constitutional principles that govern the matter. It is intended, therefore, to discuss the results arising from a scenario in which a discourse of constitutionalization and an

¹ Doutor em Direito (2012) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Mestre pela Universidade Federal do Paraná (2002). cursou pós-graduação em Direito Penal e Criminologia, em convênio com o Instituto de Criminologia e Política Criminal (2005). Professor do magistério superior desde 2002, Coordenador da Pós-Graduação em Direito e Processo Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professor da Universidade Federal do Paraná. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3545-2894>

unconstitutional practice coexist, in addition to rethinking the possibilities of the dialogue between the Constitution and Criminal Law and the Criminal Procedure, which sounds a discourse absolutely displaced.

Key-words: Criminal science; Constitution; STF.

Sumário: 1. Introdução: o dificultoso diálogo entre as ciências penais e a Constituição; 2. Os fundamentos do princípio da legalidade ou da reserva legal; 2.1. Proibição da retroatividade mais grave e imposição da retroatividade benéfica (*lex praevia*); 2.1.1. Combinação de aspectos favoráveis de mais de uma lei; 2.1.2. Conflito de leis no tempo em caso de crime continuado e permanente; 2.1.3. Leis penais temporárias e leis penais excepcionais; 2.2. Proibição da analogia (*lex stricta*); 2.3. Imposição da criminalização através de lei popular (*lex populi*) e as leis penais em branco; 3. Conclusões; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO: O DIFICULTOSO DIÁLOGO ENTRE AS CIÊNCIAS PENAS E A CONSTITUIÇÃO

Tornou-se bastante frequente no âmbito jurídico a discussão referente à constitucionalização dos mais variados ramos do direito. Nada obstante, não seria equivocado se apontar para o fato de que, no que diz respeito às ciências penais, constata-se uma grande dificuldade para que dialoguem com a Constituição, e dela recebam seus influxos. Poderíamos até mesmo concordar com Clara Roman Borges nesse ponto, ao entender que existe uma impermeabilidade do direito e do processo penal à filtragem constitucional (BORGES, 2008). De fato, são raros os julgamentos em que se depara com a declaração de inconstitucionalidade de lei penal ou processual penal, como uma rápida pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal pode comprovar. E pior do que isso, muito frequentes são os julgamentos em que os preceitos constitucionais são desconsiderados para a solução do caso concreto.

As razões para tanto podem ser inferidas a partir de uma difusa ideologia segundo a qual “o direito penal é leniente, e o direito processual penal somente obstaculiza a realização dos fins daquele, que é o combate à criminalidade”. De forma bastante sintomática, verifica-se que o referido discurso é adotado até mesmo pelos maiores expoentes do direito, como se depreende de diagnóstico realizado por

José Joaquim Gomes Canotilho, ao advertir que:

No plano do direito penal (e processo penal) as refrações do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminístico-liberal centrada na proteção do criminoso com quase completo desprezo da vítima. O direito penal do cidadão – o Bürgerstrafrecht – equivale a um ‘direito penal do criminoso’ e ‘o direito constitucional à liberdade do crime (CANOTILHO, 2006).

Sabemos que não devemos subestimar o papel de outras determinantes que também devem ser invocadas para nos ajudar a explicar o fenômeno. Nada obstante, pode-se perceber que, ainda que com outras roupagens, trata-se do rescaldo da ideologia da defesa social, cunhada a partir do advento do positivismo penal no séc. XIX. Como se sabe, sua principal proposta foi a de combater o aumento da criminalidade e da reincidência supostamente oriundos do “excesso de direitos”, “do liberalismo”, e da “humanização”, questões defendidas pela Escola Clássica, com um discurso de direito penal para a defesa social contra a periculosidade de determinadas pessoas e classes sociais (ANDRADE, 2003).

Como se não bastasse o pano de fundo criado pelos elementos rapidamente sumarizados acima, há ainda que se atentar para um novo ingrediente na análise da referida dificuldade de diálogo entre as ciências penais e Constituição, qual seja, os efeitos sentidos após o grande ciclo de operações policiais e ministeriais recentemente midiaticizadas. Para tanto, valhamo-nos das contribuições de Geraldo Prado, que desenha um painel bastante elucidativo das nuances do fenômeno. Explica-nos o autor que a revolução digital, a melhor qualificação das investigações sobre a corrupção, a rastreabilidade do dinheiro após o 11 de setembro e, ainda, a melhor compreensão do sofisticado ambiente empresarial contemporâneo (especialmente as corporações transnacionais), por parte do Ministério Público (PRADO, 2016), criaram o aparato necessário para a investigação, processamento e condenação de grandes casos de corrupção na atualidade.

Nada obstante, a questão proposta pelo autor toca o ponto de que, sem

embargo do consenso em torno “da necessidade de se enfrentar a corrupção, que subtrai recursos que a rigor deveriam ser empregados em prol do bem comum; e ainda da condição de exercitar este controle (da corrupção) com eficiência, tendo em vista os citados meios de investigação, têm sido constatadas sistemáticas violações de direitos e garantias”, ou seja, a Constituição não tem sido levada em consideração na interpretação das leis penais e processuais penais.

Antes da constitucionalização do direito e do processo penal, o discurso que embala a lógica das ditas “operações”, novamente segundo Geraldo Prado, é o da “moralização” e do “combate à corrupção”. Moralismo que “é incompatível com o caráter plural da sociedade e em regra apoia-se em políticas reacionárias que pretendem definir como “patologias” todos os comportamentos não enquadráveis em um determinado modelo (...)” (PRADO, 2016).

Antes de ser uma técnica submetida ao escrutínio da republicanização (análise aberta para todos os membros da sociedade, por ser coisa pública) a prática do direito e do processo penal tem se mostrado, novamente para o autor, como monárquicas: estruturam-se com base na dependência da personalidade e das idiossincrasias de determinados atores – juízes, representantes do Ministério Público e agentes das Polícias que “removem as pedras do meio do caminho” (PRADO, 2016), isto é, violam direitos e garantias constitucionais para atingir seus fins. A lógica é elementar: sua atuação não é republicana; por ser monárquica é autolegitimada; sendo assim, por que haveria de ser pautada nas leis e dispositivos constitucionais que só fazem limitar o “combate à corrupção”?

As razões estruturais para tal “estado da arte” no diálogo entre o direito e o processo penal deve ser desvendada a partir das contribuições de Salo de Carvalho, ao apontar que “as fronteiras do saber do direito penal, por mais sofisticado que ele seja, se limitam à estrutura da teoria da lei penal, da teoria do delito, da teoria da pena, por mais díspares que sejam as perspectivas dos teóricos e diferentes que sejam os efeitos político-criminais destas interpretações” (CARVALHO, 2008). No

âmbito do processo penal, ainda segundo o autor, percebe-se sua remissão à teoria geral do processo, alheia à discussão penal, criminológica ou político-criminal, fazendo-se dele um saber menor, desqualificado, e dependente das matrizes do processo civil.

O resultado desse enimesmamento do direito e do processo penal é uma dificuldade na compreensão global dos saberes criminais, gerando incapacidade de compreensão das violências inerentes ao sistema penal e da criação de instrumentos para minimizá-las, aponta Carvalho.

Nesse cenário, debater-se o papel relegado ao diálogo entre a Constituição e o Direito Penal e o Processo Penal soa um discurso absolutamente deslocado. Repensar as possibilidades desse diálogo é um dos objetivos desse texto.

Os percalços nessa vereda, contudo, não devem ser subestimados. A luta não é franca e aberta, como se pudéssemos dividir o espectro das ciências criminais entre aqueles que defendem a aplicação da Constituição e aqueles que são contra ela. Essa dicotomia não existe, e uma análise da literatura penal e processual penal brasileira nos levaria a concluir que não existem juristas que ataquem as “mazelas trazidas pela constitucionalização das ciências criminais”. Não seria equivocado afirmar que todos a apoiam.

O que ocorre é que, sob a carapaça dos discursos constitucionalistas e debaixo dos elogios aos direitos fundamentais, temos práticas veladas, e efetivação de leis que se afastam completamente daquilo que é propugnado pela Constituição. Não que em tese as agências de criminalização secundária (polícias, Ministérios Públicos e Poder Judiciário) se oponham ao cumprimento da Constituição, nada disso. Mas é que diante das encruzilhadas que opõem sua efetividade ao pragmatismo do “combate à criminalidade”, deixam de velar pela sua eficácia, jurando que é “somente dessa vez”. Em suma: muito dificilmente alguém defenderia um direito penal e um processo penal desigual, seletivo, arbitrário. O único problema é que desconhecem, ou, pior ainda, fingem desconhecer que se alhear à

Constituição na efetividade do direito e do processo penal é abrir as portas para ciências criminais com tais feições.

De tal sorte, propender por um sistema penal minimamente igualitário e previsível é pautá-lo na Constituição. Até mesmo porque não seria equivocado se afirmar que a violência pública – constituída pelo abuso dos poderes estatais na investigação e processamento dos delitos – é um fator tão ou talvez até mais desestabilizante para a sociedade quanto o é a violência privada – constituída pelos crimes tradicionalmente praticados pelos particulares, para nos utilizarmos de ideia tratada de forma semelhante por Salo de Carvalho (CARVALHO, 2008).

O paradigma, ora apresentado, desde logo demonstra os limites de um estudo focado única e exclusivamente nos princípios constitucionais que norteiam o direito penal e o processo penal no Brasil. Uma busca pelas regras constitucionais que trouxessem algum impacto nas ciências penais não teria o condão de alterar o cenário acima iluminado, pois, afinal de contas, repita-se: ninguém é contra a aplicação e a efetividade da Constituição.

Assim, o que se pretende no presente trabalho é realizar uma análise que, para além de propugnar pela constitucionalização do direito penal e do processo penal, e para além de apontar as razões da dificuldade do diálogo entre tais searas do direito e do discurso constitucional, possa analisar as inconsistências dogmáticas advindas destes. Em suma, pretende-se discutir os resultados oriundos de um cenário em que convivem um discurso de constitucionalização e uma prática inconstitucional.

Evidentemente que tal objetivo muito dificilmente seria alcançado na sua plenitude, ou seja, seria tarefa praticamente irrealizável verificarmos todas as incongruências jurídicas advindas desse padrão. De tal sorte, realizaremos recorte que colocará em evidência a forma como o princípio da legalidade penal vem sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, destacaremos, dentre os inúmeros aspectos do princípio da legalidade, aqueles que têm maior ressonância

jurisprudencial na Suprema Corte, efetivando a análise jurídico-constitucional das soluções apontadas pela mais alta instância jurisdicional do país. Advirta-se o leitor que, ainda que possamos fazer alusão, ora aqui, ora ali, a discussões doutrinárias, para melhor contextualizarmos os pontos que serão discutidos, não realizaremos um apanhado bibliográfico suficiente para afirmarmos qual é o “estado da arte” do princípio da legalidade na doutrina nacional ou internacional. Interessa-nos, neste momento, a efetividade prática do princípio da legalidade, à luz dos princípios constitucionais que regem a matéria.

2. OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL

Como já mencionado, partindo-se do pano de fundo da análise das inconsistências dogmáticas oriundas da dificuldade do diálogo entre as ciências criminais e a Constituição, estabeleceu-se recorte analítico, segundo o qual, ganha destaque a forma como o princípio da legalidade vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, faremos uma análise do princípio da legalidade que considerará dois aspectos:

- I. visualização das suas principais dimensões; e
- II. contextualização de cada uma delas à luz da respectiva jurisprudência da Corte Suprema.

De todo modo, e antes disso, é importante salientar, a título introdutório, que o princípio da legalidade se encontra constitucionalizado no art. 5º, incisos XXXIX e XL da Constituição, assim definidos: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Sabe-se que se trata o mais basilar princípio penal brasileiro da garantia de

um padrão mínimo de segurança jurídica do cidadão com base na previsibilidade da intervenção do poder punitivo. Tal previsibilidade se concretizaria

- i) na proibição de leis criminalizadoras posteriores ao fato;
- ii) na possibilidade de prévio conhecimento dos crimes e das penas;
- iii) na garantia de que o acusado não será submetido à coerção penal distinta daquela estabelecida na lei anterior e ainda
- iv) na retroatividade da lei penal, sempre que tal circunstância favorecer o acusado. Convém ressaltar que as disposições constitucionais acima referidas se encontram reproduzidas no art. 1º do Código Penal – que retrata o inciso XXXIX – e no art. 2º que faz alusão direta ao inciso XL.

Como é cediço, o princípio da legalidade penal pode ser decomposto nas seguintes dimensões: proibição da retroatividade mais grave e imposição da retroatividade benéfica (*lex praevia*); proibição da analogia (*lex stricta*); e imposição da criminalização por meio de lei popular (*lex populi*), proibição do costume como fonte da lei penal (*lex scripta*); e a proibição de lei penal indeterminada (*lex clara*), como nos explicam Guilherme Merolli (MEROLLI, 2013) e Nilo Batista (BATISTA, 1990). Em virtude dos fins aqui propostos, deixaremos de analisar os dois últimos aspectos, pela exiguidade de decisões da nossa Corte Maior sobre o tema, restringindo-se o debate apenas sobre as três primeiras dimensões, conforme descrição a seguir.

2.1. PROIBIÇÃO DA RETROATIVIDADE MAIS GRAVE E IMPOSIÇÃO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA (LEX PRAEVIA)

Usualmente, o autor de um crime é processado, condenado e cumprirá a respectiva pena, segundo os parâmetros legais em vigor à época em que os fatos ocorreram. Esta se constitui na regra básica para se verificar a lei que regerà a

hipótese fática: aplica-se a lei vigente à época dos fatos.

Contudo, não são raras as hipóteses nas quais, após o cometimento dos fatos, e antes do término da execução da respectiva pena, o regime jurídico ao qual o acusado/condenado estava submetido é alterado. Essa modificação poderá ensejar maior gravidade ou benefício para o acusado, o que, segundo os dispositivos constitucionais acima analisados, redundarão na irretroatividade da lei penal posterior mais grave, bem como na retroatividade da lei penal posterior que, de algum modo, favorece o acusado.

O objetivo do presente item é o de analisar os três principais aspectos que defluem da sucessão de leis penais no tempo, quais sejam:

- i) a irretroatividade da lei penal mais grave;
- ii) a retroatividade da lei penal que, de algum modo, favoreça o acusado/condenado; e a
- iii) ultratividade da lei penal mais benéfica, vigente à época dos fatos.

Analise-se em primeiro lugar a irretroatividade da lei penal mais grave. Assim, com base na regra geral, acima estabelecida, segundo a qual, aplica-se a lei vigente à época dos fatos, a primeira hipótese de modificação da lei penal diz respeito a não rara alteração legislativa para uma maior gravidade. Sendo assim, a maior gravidade abrange uma série de situações que podem ser exemplificadas pela criminalização de conduta que anteriormente não se constituía em crime; pela alteração, para maior, de pena prevista para crime já tipificado; ou ainda, pela alteração de mecanismo de execução da pena prevista, como um regime mais gravoso.

De fato, tais exemplos circundam os dois principais fundamentos dessa dimensão do princípio da legalidade no sentido de que a combinação dos incisos, acima referidos, nos remete ao impedimento de se apenar fato que à época de sua realização não se constituía em crime. Ainda, à proibição de aplicação de pena mais pesada que a legalmente prevista na época do cometimento do delito. A Ação Penal

498, relatada pelo Min. Marco Aurélio de Mello, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento que ocorreu em 18/08/2015, exemplifica hipótese de aplicabilidade do referido princípio. No caso concreto, após o cometimento dos fatos, houve alteração legislativa que se constitui em uma hipótese de maior gravidade, qual seja, a alteração dos marcos temporais da prescrição pela Lei 12.234/2010. Como pode ser constatado na ementa respectiva, a saber: “Sendo o prazo prescricional do delito, à luz da pena máxima cominada em abstrato, de dezesseis anos, considerados pela metade, oito, por ser o réu maior de setenta anos, e transcorridos mais de oito anos da data do fato, incide a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, ante a irretroatividade da Lei nº 12.234/2010”.

A segunda hipótese a ser aqui considerada diz respeito às situações nas quais a lei vigente à época dos fatos será alterada para situação mais benéfica ao acusado. Como já indicado, trata-se de hipótese contemplada pelo art. 2º do Código Penal, e também pelo inciso XL do art. 5º da Constituição, que podem redundar na revogação in totum da tipificação legal do crime ou ainda nas modificações que, de qualquer modo, favoreçam o acusado/condenado. Realizemos maior verticalização de ambas as hipóteses.

Quando são debatidas as situações que beneficiam o acusado, pode-se discutir, em primeiro lugar, a abolitio criminis, situação na qual lei posterior deixa de considerar um determinado fato como crime. Tal hipótese sempre terá efeitos retroativos, salvo na hipótese de a pena já ter sido integralmente cumprida. Em outros termos, se não houver inquérito instaurado para apurar o fato (anteriormente considerado como crime), este não será instaurado. Já no caso de haver inquérito, Autoridade Policial ou Ministério Público podem se manifestar pela declaração da extinção da punibilidade da referida conduta, nos termos do art. 107, III do Código Penal, que assim dispõe: Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (...) III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso. A manifestação pela declaração da extinção da punibilidade do fato deverá ser acolhida não só nessa

situação, mas também nas hipóteses em que:

- i) já houver ação penal,
- ii) em que o feito estiver em grau de recurso no Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal;
- iii) quando houver recurso pendente de julgamento nas instâncias superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) e até mesmo durante a execução da pena.

Uma situação concreta de descriminalização de conduta se deu em 07 de dezembro de 2000, por ocasião da veiculação da Resolução n. 104 da ANVISA, que retirou o cloreto de etila (lança-perfume) do rol de substâncias cujo uso e tráfico eram proibidos, nos termos da Lei 6.368/1976, a qual então regia a matéria, posteriormente revogada pela Lei 11.3434/2006, que, atualmente, regulamenta a matéria. A referida Resolução foi republicada uma semana depois, em uma tentativa do poder público de “corrigir o equívoco”, restabelecendo a criminalização das condutas atreladas ao lança-perfume. No entanto, a citada republicação, e como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 94397, relatado pelo Min. Cezar Peluso, da Segunda Turma, em julgamento levado a cabo em 09/03/2010, tratou a hipótese de *abolitio criminis*, visto que a republicação da resolução é irrelevante, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Essa nova Portaria só surtiria efeitos para situações fáticas que tivessem ocorrido após a sua entrada em vigor.

Ao lado das hipóteses de *abolitio criminis*, há que se debater ainda a lei que, de qualquer modo, favorece o acusado, a qual também terá efeito retroativo, nos termos do dispositivo constitucional que se discute, e ainda, mais especificamente, do art. 2º, parágrafo único do Código Penal, que assim dispõe: Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Como nos explica René Dotti, não se trata apenas da situação em que a nova

pena é menos rigorosa, mas também “quando há criação ou ampliação de causas de exculpação, de condição objetiva de punibilidade, de redução do prazo prescricional, de qualquer alteração favorável na disciplina legal de causa extintiva da punibilidade, de regimes ou progressões executório-penais, de excarceração, etc” (DOTTI, 2012), como se verifica explicitamente no julgamento, na data de 04/02/2014, do HC 118797, relatado pela Min. Rosa Weber, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual se assentou que “(...) Em face da alteração legislativa introduzida pela Lei 12.433/2011, que modificou a redação do art. 127 da LEP, esta Suprema Corte tem admitido a retroatividade da norma mais benéfica para limitar, nos casos de falta grave, a perda dos dias remidos em até 1/3 (um terço). Precedentes (...)”.

Para encerrarmos o presente tópico, há que se fazer menção ainda à situação da ultratividade da lei mais benéfica, vigente à época dos fatos, quando esta é posteriormente revogada por lei mais grave. Em verdade, trata-se da mesma situação debatida no item referente à irretroatividade mais gravosa. O que ocorre é que se visualiza o fenômeno pelo enfoque da lei anterior, ao contrário do enfoque da lei posterior, como procedido acima.

Assim, relativamente à lei vigente à época dos fatos, posteriormente alterada por nova regulamentação sobre o tema, mais grave para o acusado, é de se destacar que terá efeitos ultrativos, ou seja, continuará a ter efeitos, ainda que tenha sido formalmente cassada.

Como a nova lei, mais grave, não pode abranger os fatos que lhe sejam anteriores, por força do dispositivo constitucional reitor da matéria, é de se concluir que a lei anterior mais benéfica, e vigente à época dos fatos, regerá todos as condutas que tenham sido praticadas durante o tempo em que vigorou, até que o último fato venha a prescrever, ou até que tal prescrição tenha que ser declarada, como se deu no julgamento, ocorrido em 18 de dezembro de 2009, da Extradução 1121, relatada pelo Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2009,

no qual se assentou a “(...) Ocorrência, na espécie, de prescrição penal referente ao crime falimentar de ocultação de bens. Biênio prescricional consagrado pela antiga Lei Falimentar (DL nº 7.661/45, art. 199), sob cujo domínio temporal teria sido praticado o crime de ocultação de bens. (...) Inaplicabilidade, ao caso, de estatuto penal mais gravoso (Lei nº 11.101/2005). Consequente impossibilidade de acolhimento, quanto a tal ilícito, do pedido extradicional. - A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica - sob cuja égide foi praticado o fato delituoso - deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, inciso XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”.

Além dos aspectos acima destacados, fundantes do princípio da legalidade, tem debatido a jurisprudência uma série de outros casos que se relacionam com o conflito de leis penais no tempo e que, pela relevância jurisprudencial, serão discutidos nos próximos subtópicos.

2.1.1. Combinação de Aspectos Favoráveis de Mais de uma Lei

Para além dos desdobramentos fundamentais do princípio da legalidade, já debatidos, pode-se pensar em uma série de outros casos que devem ser dirimidos à luz do referido princípio, mas que apresentam nuances mais complexas que os casos já referidos.

A primeira dentre estas hipóteses diz respeito ao debate referente à constitucionalidade da combinação de aspectos favoráveis de mais uma lei penal para a solução de caso concreto. Trata-se da hipótese debatida na sucessão de leis penais que se consubstancia na revogação da lei 6.368/1976 pela Lei 10.343/2006, cujos objetos são o regime jurídico dos crimes de uso e tráfico de drogas, dentre outras questões atinentes à temática.

Dentre diversos outros aspectos, que pela exiguidade do espaço aqui nos

legado não serão debatidos, tem-se a discussão referente à aplicabilidade da causa de diminuição de pena do tráfico de drogas previsto na lei posterior à pena prevista na legislação anterior. Explique-se: a lei da década de 70 previa uma pena para o crime de tráfico de drogas de 3 (três) a 15 (quinze) anos. A lei revogadora, de 2006, previu duas mudanças nessa questão: aumentou a pena mínima para o referido crime para o patamar de 5 (cinco) anos e introduziu causa especial de diminuição de pena consistente no § 4º do art. 33, o qual estabelece que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, nas hipóteses em que o condenado é primário, de bons antecedentes, e não se dedique a atividades criminosas e tampouco integre organização criminosa.

Estabelecido o pano de fundo, imagine-se como poderia ser a aplicação da pena de um condenado, cujas condutas ilícitas ocorreram sob a égide do regime jurídico anterior, mas que fizesse jus à diminuição de pena da nova sistemática. Analisando-se a hipótese sob o enfoque constitucional, segundo o qual a lei penal não retroage, salvo em benefício do réu, não poderíamos chegar a uma outra conclusão senão a de que, na hipótese analisada, teríamos a incidência da pena do regime anterior (três a cinco anos) que se conformaria à causa especial de diminuição de pena (um sexto a dois terços), diante do que, a pena – em tese – para a situação giraria em torno dos patamares de 1 (um) ano a 3 (três) anos e quatro meses. Quer nos parecer que se trata de decorrência simples e direta do texto legal: ultratividade da pena anterior (visto que a posterior é mais grave) ao que se soma a retroatividade da causa especial de diminuição de pena posterior (por se tratar de benefício posterior).

O entendimento acima esposado é abalizado pela doutrina (BITENCOURT, 2011; MAYRINK DA COSTA, 1998; BUSATO, 2013), desse modo, sacramentando, René Dotti afirma que são impositivas a retroatividade e a irretroatividade, nos casos em que são previstas, inexistindo previsão de exceção à regulamentação constitucional (DOTTI, 2012). Nada obstante, depara-se com

entendimento do Supremo Tribunal Federal em sentido diametralmente inverso, conforme se verifica da Tese de Repercussão Geral n. 169, oriunda do julgamento do Recurso Extraordinário 600817, e que assim assenta:

I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976; II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes; III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade.

Ressalta-se que, ao invés de aplicarem os princípios da ultratividade e da retroatividade dos benefícios legais, aferrou-se o Supremo Tribunal Federal à lógica de que não se pode admitir a aplicação de uma terceira lei que jamais existiu.

Tal metodologia, ainda segundo a Suprema Corte, equivaleria a se pinçar o conjunto mais favorável de normas de Direito Positivo e arbitrariamente combiná-las para compor um novo modelo legal, que seria uma lei imaginária, e com base nele se faria as vezes de legislador, o que, ao fim e ao cabo, obstaculizaria a persecução penal.

Apesar do entendimento do Excelso Pretório, não seria de todo desarrazoado se argumentar que a aplicação do direito não está estruturada única e exclusivamente em leis que devem ser aplicadas na sua integralidade ou, ao contrário, devem ser refutadas também em sua integralidade. Adstringindo nossa análise unicamente à seara do direito penal, muito dificilmente se chegaria à conclusão diversa da que estabelece que a solução dos casos penais depende da harmonização de um mosaico de leis processuais penais e leis penais. Pensar o direito, sobretudo no atual estágio de evolução dessa ciência, mediante as vetustas lentes de que somente uma lei deve reger uma hipótese, é desconhecer aspectos básicos de sua articulação e organização.

Em um exemplo: é plenamente possível um concurso formal de crimes no

qual, mediante uma só ação, o autor pratica dois ou mais crimes, sendo estes, de diferentes diplomas legislativos, como se verifica do reconhecido concurso formal entre os crimes de evasão de divisas (previsto no art. 22 da Lei 7.492 de 1986) e o crime de lavagem (previsto no art. 1º da Lei 9.613 de 1998). Assim sendo, pode-se indagar: por que não se poderia aplicar mais de uma lei para a fixação da pena de um específico fato delituoso?

Não se trata, ao contrário do que sustenta a Tese de Repercussão Geral ora debatida, de ofensa à legalidade. Este princípio não quer dizer que somente uma lei deva reger cada caso concreto. Ele estabelece que as leis benéficas devem retroagir ou devem ter efeitos ultrativos. Sem exceção. Mesmo diante de leis que se integram, combinam-se, harmonizam-se e solucionam o caso concreto.

2.1.2. Conflito de Leis no Tempo em Caso de Crime Continuado e Permanente

Outra hipótese que também deve ser dirimida tendo em vista as balizas trazidas pelo princípio da legalidade diz respeito ao conflito de leis no tempo que ocorram durante o período de um crime continuado ou permanente. Realize-se rápida explicação sobre ambos os institutos.

Como se sabe, o crime continuado é uma ficção jurídica que, para os fins de aplicação da pena, considera uma série de crimes – desde que estejam conectados por condições de tempo, lugar, maneira de execução ou outras – como sendo único. Nessas hipóteses, e nos termos do art. 71 do Código Penal, o magistrado aplicará a pena como se fosse fato único, todavia, majorada. O instituto se justifica pela necessária proporcionalidade da pena, visto que um conjunto de furtos não deveria receber pena superior à pena de um único homicídio, por exemplo. Por seu turno, o crime permanente se constitui em tipologia na qual o cometimento da conduta ilícita se prolonga no tempo, como nas hipóteses de sequestro (ou extorsão mediante sequestro) e lavagem de dinheiro ou evasão de divisas (estas duas, na modalidade

manutenção de depósito).

Desse modo, a discussão que se põe diz respeito à hipótese de sucessão de lei penal, durante a continuidade ou a permanência delitiva. Em um exemplo: durante o sequestro, é modificada a lei penal que rege a referida conduta, tornando-a mais grave. E, assim sendo, pode-se inquirir, qual seria a lei aplicável: a lei anterior ou a lei posterior?

É de se notar que qualquer solução seria incompleta, visto que o julgador deveria optar por uma de duas soluções: ou aplicaria a lei que vigia anteriormente à modificação legislativa, emprestando-lhe efeitos ultrativos para incidir em período em que não mais existia, ou aplicaria a lei posterior, dotando-a de efeitos retroativos, para que regesse período em que ainda não existia.

Apesar disso, a recomendação de que, diante do dilema acima indicado, se deveria optar pela solução constitucionalmente viável, ou seja, dar ultratividade à lei anterior, visto que a retroatividade da lei posterior esbarraria no óbice dos dispositivos constitucionais ora em debate. Assim, a solução que tem sido preconizada pelo Supremo Tribunal Federal tem girado em torno do Enunciado da Súmula 711 daquela Corte que assim define a temática: A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

É de se finalizar o item ressaltando-se a ampla aplicabilidade que a referida Súmula tem recebido pela Corte Suprema, como inclusive se verifica dos vários julgamentos da Ação Penal 470, destacando-se, a título exemplificativo, os Embargos de Declaração sextos, sétimos, décimos, décimos quartos, décimos sextos e décimos nonos de tal ação penal, quando se invocou o enunciado aqui debatido para se dirimir as questões propostas àquela Instância.

2.1.3. Leis Penais Temporárias e Leis Penais Excepcionais

As leis penais excepcionais são aquelas que objetivam atender situações de anormalidade social ou de emergência, como estado de sítio, calamidade pública e grave crise econômica, por exemplo, caracterizadas pela ausência de prazo de sua vigência, perdurando, assim, enquanto persistir o fato que a motivou. Por seu turno, as leis penais temporárias, que igualmente têm como seu foco o atendimento de situações emergenciais, diferenciam-se da primeira pela razão de possuírem previsão formal do período de tempo de sua vigência.

Ambas são regidas pelo art. 3º do Código Penal, que assim dispõe: Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência. Analisemos o dispositivo legal e as hipóteses que dele podem se originar.

Em primeiro lugar, poderíamos nos deparar com uma lei penal temporária ou excepcional mais gravosa. Tradicionalmente, argumenta a doutrina que a aplicação ultrativa das espécies legislativas aqui tratadas teria uma justificativa pragmática que residiria no fato de que, se não houvesse essa possibilidade, a lei simplesmente não seria aplicada, visto que muito dificilmente a investigação, o processamento e a execução da pena seriam finalizadas no período da existência da lei excepcional ou temporária. Outra linha de argumentação a sustentar referido argumento seria o fato de que a lei ordinária, posterior à excepcional ou temporária, não teria o condão de revogá-las, pois não tratariam do mesmo fato típico, ocorrendo, em verdade, uma autorrevogação – prevista pela própria lei excepcional ou temporária.

Contudo, há que se perceber que uma análise constitucional do tema nos leva a concluir que não há respaldo jurídico nas assertivas, podendo-se se afirmar que o art. 3º do Código Penal é incompatível com a ordem constitucional atualmente vigente, não tendo sido por ela recepcionado. Assim, parece evidente que questões de índole pragmática não podem se sobrepor aos ditames constitucionais, desse modo, irrelevante o fato de que “não dará tempo de aplicar a lei excepcional ou

temporária”, o segundo argumento, referente à autorrevogação, tampouco nos compele a realizar exceção à legalidade. Verticalizemos essa vertente.

Se uma lei mais grave é revogada, sendo substituída por outra mais benéfica aos acusados, ou simplesmente deixando de existir, ela não mais será aplicada. Por uma simples razão: a retroatividade do benefício é impositiva, e não há qualquer dispositivo constitucional que excetue a hipótese das leis penais temporárias ou excepcionais. Por tais razões, os fundamentos tradicionalmente trazidos pela doutrina não nos convencem, e por esta mirada estaríamos autorizados a entender que o referido art. 3º não foi recepcionado pelo sistema constitucional atualmente em vigor.

Tendo sido apontado que analisaríamos as hipóteses que poderiam se originar do art. 3º do Código Penal, e tendo sido debatido acima o cenário relativo às leis penais temporárias ou excepcionais mais gravosas, cabe ainda a discussão dessas modalidades de lei quando se apresentam mais benéficas ao acusado.

Paradoxalmente, ainda que se trate de vertente menos debatida na doutrina, os benefícios trazidos por leis temporárias e excepcionais são, em termos práticos, o principal foco das discussões jurisprudenciais em torno do tema. É o que se verifica da Tese de Repercussão Geral n. 650, oriunda do julgamento do Recurso Extraordinário 768494, que assim pacificou: “É incabível a aplicação retroativa do art. 30 da Lei 10.826/2003, inserido pela Medida Provisória 417/2008, para extinguir a punibilidade do delito de posse de arma de fogo de uso permitido cometido antes da sua entrada em vigor”.

Ainda que a razão para se negar o efeito retroativo de lei mais benéfica não esteja explícita no enunciado da tese acima indicada, o argumento gira em torno do caráter “temporário” da lei, como se verifica da leitura da íntegra do voto condutor do referido julgamento, de onde se depreende o seguinte trecho:

I - A *vacatio legis* de 180 dias prevista nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003, com a redação conferida pela Lei 11.706/2008, não tornou atípica a

conduta de posse ilegal de arma de uso restrito. II – Assim, não há falar em *abolitio criminis*, pois a nova lei apenas estabeleceu um período de *vacatio legis* para que os possuidores de armas de fogo de uso permitido pudessem proceder à sua regularização ou à sua entrega mediante indenização. III – Ainda que assim não fosse, a referida *vacatio legis* não tem o condão de retroagir, justamente por conta de sua eficácia temporária.

Como se não bastasse o amplo entendimento de que as leis temporárias, quando mais gravosas, têm efeito ultrativo, a Suprema Corte amplia o inconstitucional tratamento dignificado a tais espécies legislativas, entendendo que as leis temporárias benéficas também não terão efeito retroativo. Considera-se que, muito provavelmente, seja desnecessária a discussão acerca da inconstitucionalidade do fundamento exposto. Até porque, como se sabe, a lei penal retroage para beneficiar o réu, inexistindo qualquer exceção à regra, como se verifica do próprio Texto Constitucional.

Tendo havido o debate da primeira dimensão do princípio da legalidade, referente à imposição da retroatividade benéfica e da irretroatividade mais grave, cumpre-nos debater as demais dimensões do princípio, como se realiza a seguir.

2.2. PROIBIÇÃO DA ANALOGIA (LEX STRICTA)

A segunda dimensão do princípio da legalidade que pode ser abordada, com base nos parâmetros metodologicamente definidos para o presente texto, diz respeito à vedação da utilização da analogia para a criminalização de condutas. Afinal de contas, se não há crime sem lei anterior que o defina, essa pretérita regulamentação deve ser lida de forma restritiva, sob pena de invalidar todo o preceito.

De tal sorte, a aplicação a um caso sem expressa regulamentação legal, da regra prevista para um caso semelhante, é vedada, visto que, para os fins primeiros

da legalidade, quais sejam, a segurança jurídica e a previsibilidade, em que não existe norma penal incriminadora, há autorização implícita do Estado para sua realização, por mais imoral, reprovável, e antiética que seja a conduta.

O Supremo Tribunal Federal em pelo menos uma ocasião teve a oportunidade de analisar a temática e entender que as hipóteses que estavam sendo criminalizadas não se constituiriam em crime, justamente por esbarrarem no óbice da inexistência de uma previsão legal específica. Um destes casos se deu por ocasião do recebimento da denúncia no Inquérito 1145, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 19/12/2006, cujo relator originário era o Min. Maurício Corrêa, mas com o voto vencedor do Min. Gilmar Mendes, que, assim, relatou o acórdão. Tratava o caso da famigerada cola eletrônica em concurso público, cuja criminalização inexistia, à época. A ementa bem sintetiza a discussão ocorrida:

A tese vencedora, sistematizada no voto do Min. Gilmar Mendes, apresentou os seguintes elementos: i) impossibilidade de enquadramento da conduta do denunciado no delito de falsidade ideológica, mesmo sob a modalidade de "inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante"; ii) embora seja evidente que a declaração fora obtida por meio reprovável, não há como classificar o ato declaratório como falso; iii) o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da "cola eletrônica", a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito.

Sem embargo do fato de que a decisão foi julgada por maioria e que tampouco se previa, à época, o procedimento da Repercussão Geral, o entendimento foi sendo sistematicamente aplicado aos casos posteriores. Por tal razão, e com acerto, foi promulgada no ano de 2011 a Lei 12.550, que alterando o Código Penal,

introduziu o art. 311-A, que assim regulamentou a questão: Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: I - concurso público; II - avaliação ou exame públicos; III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou IV - exame ou processo seletivo previstos em lei: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

De tal forma, regulou-se questão tormentosa, posto que se trata de conduta absolutamente reprovável, que atinge bem jurídico importante, qual seja, a fé pública, e que não poderia ser criminalizado com base em inconsistentes alusões ao cometimento do crime de estelionato, como sustentaram os votos vencidos no referido julgamento.

Um segundo caso, mais recentemente julgado, disse respeito a agravo regimental interposto pelo Ministério Público, em face de decisão que trancou processo penal, então instaurado para apurar o cometimento de lavagem de dinheiro prevista no (hoje revogado) art. 1º, inciso VII da Lei 9.613 de 1998 (lei de lavagem de dinheiro): Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: VII - praticado por organização criminosa.

Explique-se a discussão. Em sua redação original, a lei de lavagem previa um rol taxativo dos crimes cujos produtos poderiam ser “lavados”. Somente os crimes de tráfico de drogas, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, contra a administração pública, contra o sistema financeiro, e praticado por organização criminosa é que poderiam ter o seu produto lavado. Ao contrário do que ocorre atualmente, visto que após as alterações impostas pela Lei 12683/2012, o objeto de todo e qualquer crime pode ser ocultado e dissimulado para os fins de lavagem.

A peculiaridade da situação é que, não obstante a redação anterior da lei de lavagem conter previsão de que o produto oriundo do crime de organização

criminosa poderia ser “lavado”, tal espécie de crime só passou a ser regulamentada no ano de 2013, com o advento da Lei 12.850.

Assim, e como os fatos que dão base ao caso em análise ocorreram antes de ambas as leis, pretendia o Ministério Público sustentar a acusação sob a argumentação de que se poderia utilizar, analogicamente, o conceito de organização criminosa que consta da Convenção de Palermo, internalizada em nosso país pelo Decreto 5.015/2004, cujo artigo 2, assim definia o conceito: Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) ‘Grupo criminoso organizado’ – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.’

Nada obstante, decidiu o Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental interposto no Recurso em Habeas Corpus 121835, relatado pelo Min. Celso de Mello, da Segunda Turma, em julgamento que ocorreu em 13/10/2015, que a referida imputação se mostrava destituída de tipicidade penal em razão de inexistir, à época dos fatos (que ocorrem entre 1998 e 1999), definição jurídica, mediante lei formalmente votada pelo Parlamento, do delito de organização criminosa.

Por fim, mesmo não se deparando com julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, destaca-se que a analogia pode ser realizada se o for in bonam partem (SANTOS, 2006).

2.3. IMPOSIÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO POR MEIO DE LEI POPULAR (LEX POPULI) E AS LEIS PENAS EM BRANCO

A absoluta necessidade da existência de uma lei anterior para que um fato possa ser criminalizado nos remete à definição do que vem ser a “lei”. Isso porque, sem uma limitação do referido conceito, e se qualquer instrumento normativo

pudesse fazer as vezes de “lei”, a garantia seria absolutamente esvaziada.

É por tal razão que a própria Constituição da República determina que só pode definir crime a lei formalmente discutida e aprovada pelo Parlamento, nos termos de seu respectivo art. 22, I, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre direito penal.

A temática alcança relevo especial por conta da enorme frequência com que nos deparamos com a técnica legislativa das leis penais em branco, que, segundo nos explica Klaus TIEDEMANN (2002, p. 73), “qualificam-se como leis penais em branco em sentido amplo todos os tipos penais abertos, que não descrevem inteiramente a ação ou a matéria de proibição e se encontram, por conseguinte, carentes de complementação”.

O principal fundamento para tal metodologia legislativa, como nos explica Faria COSTA (s/d, p. 14), reside no fato de que, se a legitimidade originária para a definição dos crimes e penas está nos parlamentos democraticamente eleitos, há que se perceber que eles têm uma produção legislativa demorada e de baixa intensidade. No mesmo sentido, Klaus TIEDEMANN (s/d, p. 77) expõe que “a razão do emprego da técnica do ‘espaço em branco’ radica fundamentalmente em que ao estabelecer um marco de proibição penal deve ser levado em consideração a necessidade de regulação e circunstâncias mutáveis no espaço e no tempo”.

Para os fins ora propostos, realize-se análise de suas espécies, quais sejam, i) a complementação por meio de disposições administrativas gerais e ii) a complementação mediante leis ordinárias de mesmo nível hierárquico que a lei complementada. Esclareça-se que não se depara com qualquer óbice quanto à constitucionalidade da segunda espécie de lei penal em branco. Contudo, a complementação mediante disposições administrativas gerais exige maior discussão.

É que dentro dos cânones constitucionais, somente poderíamos ter um reenvio interno (quando a complementação é realizada por outra disposição da

própria lei) ou externo (quando a complementação se dá por outra lei de hierarquia idêntica ou superior) (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, s/d, p. 206). A complementação mediante instruções normativas, cartas-circulares, portarias e por meio de toda uma série de espécies normativas refoge aos pressupostos do princípio da legalidade criminal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal) e da reserva legal em matéria penal (compete privativamente à União legislar sobre direito penal – art. 22, I, da Constituição Federal).

A afronta ao art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal, residiria no fato de que a complementação de lei penal em branco por norma de cariz inferior (usualmente oriunda de órgãos secundários do poder executivo), opõe-se ao conteúdo material do princípio da legalidade, qual seja, a previsibilidade da intervenção do poder punitivo e a segurança jurídica do cidadão, que se encontra, dessa forma, completamente à mercê e absurdamente vinculado ao arbítrio de agentes estatais. Se podemos e devemos debater sobre a paulatina derrocada de legitimidade dos parlamentos, isso não pode significar que se pode abrir mão por completo da cariz democrática das leis penais, relegando a definição das mais abruptas intervenções estatais na vida privada a normativas absolutamente alheias ao debate público. Como já tivemos a oportunidade de asseverar, “estarmos constitucionalizados sob o manto de Estado Democrático de Direito, significa que somente o debate democrático parlamentar teria idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, vez que, como corolário, vige em nosso sistema a tripartição de poderes. Nessa questão reside a fundamentação democrático-representativa do Direito penal, na medida em que se instrumentaliza enquanto elemento de mediação entre liberdade individual e segurança pública” (ROCHA JÚNIOR, 2002).

De outro lado, há que se fazer menção também à ofensa ao art. 22, I do Texto Constitucional. De fato, como sustentam Eugenio Raul ZAFFARONI e Nilo

BATISTA (s/d, p. 205), tal tipo de complementação, advinda de órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, macula o procedimento, constituindo-se em delegação legislativa constitucionalmente proibida. Não seria demais lembrar: se sequer o Estado-membro pode legislar em matéria criminal por força do citado preceito constitucional, e, segundo entendimento pacífico do Excelso Pretório², é apodíctico que órgão público que não tem a envergadura constitucional de um ente federativo também não o poderia.

Apesar das argumentações acima tecidas, o fato é que o poder judiciário brasileiro tem legitimado a criminalização de condutas mediante a utilização de complementos infralegais às leis penais em branco, como se verifica da análise do HC 128894, relatado pelo Min. Dias Toffoli, da Segunda Turma, em julgamento levado a cabo em 23/08/2016, que reflete o entendimento consolidado sobre o tema das leis penais em branco, como se verifica do seguinte trecho: “6. O art. 290 do Código Penal Militar, assim como o art. 33 da Lei nº 11.343/06, é uma norma penal em branco, cujo preceito primário necessita de complementação por outra disposição legal ou regulamentar. 7. Essa disposição regulamentar é a Portaria nº 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, que contém a lista das substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, dentre elas o THC (tetrahydrocannabinol), aplicável tanto ao Código Penal Militar quanto à Lei nº 11.343/06. 8. A Portaria SVS/MS nº 344/98 se aplica diretamente ao Código Penal Militar, por se tratar do ato normativo geral que dispõe sobre substâncias entorpecentes, sem necessidade de intermediação da Lei nº 11.343/06”.

Pesquisas empíricas mais profundas deveriam ser empreendidas para que pudéssemos compreender as razões que compelem nosso poder judiciário a deixar de lado as razões constitucionais, estas, já referidas, em todo o conjunto de casos que se exemplificam por meio do julgado acima indicado. Mas dificilmente

² Entre muitos: ADI-MC 3269 / DF - DISTRITO FEDERAL; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 28/10/2004; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-02 PP-00222 RTJ VOL-00192-03 PP-00897

estariamos equivocados ao apontarmos para razões criminológicas (discursos constitucionais só refreriam a necessário e imprescindível “luta contra a criminalidade”, principalmente no que diz respeito ao tráfico de drogas) e pragmáticas (é mais fácil elaborarmos e alterarmos os complementos das leis penais em branco, do que depender do moroso e incerto processo legislativo).

Como também se verifica da jurisprudência, o único argumento que tem sido acolhido no que diz respeito à aplicabilidade das leis penais em branco diz respeito à inexistência de complemento, fundamento que tornaria inviável a criminalização do fato. Como se depreende do Recurso em Habeas Corpus 134830, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, da Segunda Turma, em julgamento que ocorreu em 26/10/2016, baseou o quanto segue: “4. Art. 19 da Lei das Contravenções Penais: “trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade”. Para obter condenação pela contravenção, a acusação deve demonstrar que seria necessária a licença para porte da arma em questão. Não há previsão na legislação acerca da necessidade de licença de autoridade pública para porte de arma branca. Norma penal em branco, sem o devido complemento. Sua aplicação, até que surja a devida regulamentação, resta paralisada. 5. Dado provimento ao recurso a fim de julgar improcedente a representação para apuração de ato infracional”.

Assim, não se discute a constitucionalidade da utilização do complemento, mas tão somente o fato de ele (complemento) existir ou não.

No entanto, as críticas de índole constitucional não se limitam a esse ponto. Em virtude dessa plena e ampla aceitação da complementação das leis penais em branco, a jurisprudência pátria chega ao ponto de dignificar esses complementos, natureza excepcional ou temporária. Assim, mesmo quando os complementos são ab-rogados ou derogados (implementando-se aqui, circunstância mais favorável para o acusado), continuam a surtir efeitos, em uma estranha irretroatividade de *abolitio criminis* ou de situação mais benéfica para o acusado.

O que seria incabível para as próprias leis, efeitos ultrativos mesmo em situação mais gravosa para o réu, acaba sendo o efeito jurídico que se empresta aos complementos das leis penais em branco.

A legitimação desse procedimento reside no retórico argumento da preservação da “figura abstrata do delito”, ou da “valoração jurídica do fato”, ou do “núcleo essencial da proibição”, como sustenta, inclusive, Luiz Flávio Gomes (s/d, p. 193-195). O autor assevera que há que existir uma análise da “continuidade ou descontinuidade normativo-típica em concreto para saber se o complemento tem ultratividade ou não”. Em uma rápida explicação do abstrato conceito: se a sucessão de complementos mantém a criminalização do fato, não haveria qualquer efeito retroativo, o que somente ocorreria, quando o complemento posterior deixasse de complementar a lei penal, hipótese em que se poderia reconhecer a *abolitio criminis*.

Não há como esses argumentos prevalecerem perante o caráter imperativo e incondicional da garantia constitucional da garantia benéfica. Incondicional, pois basta rere o Texto Constitucional: a única exceção para a retroatividade da lei penal se refere à superveniência de benefício.

Para além de a jurisprudência emprestar o caráter de “lei” para normativas infralegais, é retirado tal atributo nas hipóteses de complemento posterior mais benéfico, que deveria, é elementar, possuir efeito retroativo. Em uma ideia: os complementos são legitimados pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal quando se trata de criminalizar, hipótese em que são equiparados à lei. E, ao contrário, não são legitimados, quando se trata de normativa posterior benéfica, que, assim, deveria retroagir. Nessa hipótese, não são equiparados à lei.

3. CONCLUSÕES

Paulo Ricardo Schier anunciava, ainda no século passado, que a teoria crítica não pode ser mera denúncia, sob pena de recair em uma mera crítica política. Mais

do que isso, apontava o autor para as consequências práticas de uma postura exclusivamente crítica, quais sejam, a i) a impossibilidade de se vislumbrar a dogmática jurídica como instrumento emancipatório, ii) o desprestígio do discurso jurídico em face de outros saberes (como a sociologia, a história e a teoria da linguagem), iii) a conseqüente migração dos estudantes de Direito para outros cursos, iv) o desprestígio dos operadores jurídicos e dos teóricos do Direito, v) a crença no Direito como mero “reflexo” das relações de poder dentro da sociedade, vi) a extrema politização do discurso jurídico e ainda vii) um certo esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica (SCHIER, 1999).

A reflexão do autor nos compele a assentir com a perspectiva de que, ainda que a discussão crítica das ciências penais deva ter continuidade, sobretudo pelos aportes da criminologia, o debate técnico-dogmático das decisões proferidas pelas nossas cortes deve ser realizado. Temos que essa seria uma metodologia apropriada para construirmos uma ponte entre o discurso crítico e a efetividade prática do direito penal, de modo a que possamos conviver no mesmo mundo, o que infelizmente não tem ocorrido. A crítica reverbera seu próprio discurso, ao mesmo tempo em que a jurisprudência dá voltas em torno de si própria. O diálogo é praticamente inexistente.

Calha a lembrança, nessa altura, de prefácio da lavra de Luis Greco, ao afirmar que para além de divagarmos sobre “(...) a crise da (des)legitimidade do direito penal na sociedade de risco pós-moderna dentro de um paradigma do neoconstitucionalismo discursivo ontologicista pós-positivista e antinormativista (...)” devemos nos ocupar de problemas reais e formular reflexões e críticas que contribuam para a solução de tais problemas (GRECO, 2013).

Assim, como anunciado na introdução, e para além do debate das razões pelas quais há enorme dificuldade de diálogo entre as ciências penais e a Constituição, nosso intento foi o de debatermos as implicações práticas dessa falta de diálogo, e como isso acaba se refletindo na prestação jurisdicional da mais alta esfera do nosso

judiciário. Além de criticar, os penalistas e processualistas penais, ao nosso sentir, têm outra missão: apontar os equívocos, discutir caminhos e contribuir para a solução de problemas concretos.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2. ed., 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Clara Roman. A prisão cautelar e a garantia fundamental da presunção de inocência. **Raízes Jurídicas**, Curitiba, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, n. 58, jan-fev de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal** – Parte Geral. Volume I, Tomo I., 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, n. 34, abr-jun de 2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Luis. Prefácio. In: LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. **Debate Mãos Limpas e Lava Jato**: a democracia brasileira à deriva. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/debate-maos-limpas-e-lava-jato-a-democracia-brasileira-a-deriva-por-geraldo-prado/>. Acesso em 03 de maio de

2017.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal** – parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma nova dogmática jurídica, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, n. 37, jan-mar de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Data da submissão: 10/10/2019

Data da primeira avaliação: 08/11/2019

Data da segunda avaliação: 11/11/2019

Data da aprovação: 11/11/2019