

LEI PENAL EM BRANCO: análises e brechas na legislação penal

Caio Eduardo Alvarez Saraiva¹

Felipe Santos Ribeiro²

Gabriel Rodrigues Oliveira dos Santos³

Henrique Saud Miguel Moreira⁴

Matheus Corrêa Carapinha⁵

RESUMO

A norma penal em branco, sendo um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, gera sobre si diferentes pontos de vista, porém poucos debates. Por isso, tais normas deixam espaços em branco no ordenamento jurídico brasileiro, gerando a manutenção da impunidade. Nesse estudo, o objetivo foi apresentar as normas penais em branco, afim de expor como elas são e o motivo de sua existência, bem como evidenciar as brechas garantidoras da impunidade e demonstrar a ação dos juízes ante a essas brechas. O estudo foi realizado através de pesquisa bibliográfica e documental dos temas e aspectos vinculados ao seu objeto central juntamente com pesquisas e artigos jurisprudenciais contemporâneos. Nesse contexto o estudo conclui que as normas penais em branco presentes no ordenamento brasileiro devem ser revistas e utilizadas

¹ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Viana Junior email: caio-eas@hotmail.com

² Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Viana Junior email: felipesribeiro017@gmail.com

³ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Viana Junior email: gabrielgrs@hotmail.com

⁴ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Viana Junior email: hsaud0909@gmail.com

⁵ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Viana Junior email: mtcarapinha@hotmail.com

com razoabilidade, bom senso e observadas de perto, para que suas brechas sejam fechadas, de modo que o direito penal seja mais eficiente e expresse maior segurança jurídica.

INTRODUÇÃO

A Norma penal em branco é um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa da complementação de outras normas. Em sentido amplo, são aquelas cujo complemento é originário da mesma fonte formal da norma incriminadora. A partir desta definição doutrinária, nota-se que há lacunas nas normas penais em branco, assim exige-se maior responsabilidade dos juízes ao utilizá-las para evitar que sejam aproveitadas por oportunistas.

Entretanto, uma das funções originárias e principais do direito penal é afirmar e determinar os bens jurídicos a serem defendidos, ou seja, definir os bens tutelados. As leis penais em branco permitem brechas que podem gerar interpretações de viés malicioso, para chegar a desejados fins, muitas das vezes incorretos e injustos. Ocorrem, ainda, obstáculos externos como a burocratização do país, que exige meses ou até mesmo anos para a criação de uma legislação complementar ou uma portaria que solucione esse problema.

Atenta-se, inicialmente, ao problema essencial das normas penais em branco, sua função legitimante de uma política criminal que não resguarda completamente os bens jurídicos e, conseqüentemente, a sociedade queo dá lugar à aparição de figuras delitivas. Nesse sentido, ao não estipular o conteúdo completo, as lacunas podem se tornar espaços lacunosos.

Em segunda análise, há casos de leis exageradas e/ou confusas que por isso, não são interpretadas como palpáveis, assim não são levadas com obediência. Nesse aspecto, se apresentam como algo banalizado, pois não retribuem à sociedade o que é dito em seu texto legislativo. Assim, teríamos o perigo do direito penal não satisfazer as necessidades sociais.

Por fim, apresenta-se que em alguns sentidos o direito pode ser falho, demandando maior atenção por parte dos seus componentes ao colocá-lo em prática, sobretudo em relação à atuação do juiz que deve efetuar o controle de constitucionalidade da melhor forma possível, verificando a compatibilidade da norma penal em branco com os institutos do direito, a fim de fazê-lo justo e eficaz. Não seriam essas brechas uma passagem livre ou até mesmo um convite para a impunidade? Qual seria o procedimento do juiz?

Sendo assim, o presente estudo tem como objetivo geral analisar as leis penais em branco evidenciando suas brechas, bem como demonstrar a atuação dos magistrados brasileiros em relação a elas. Sua metodologia está fundamentada em pesquisa bibliográfica e documental dos temas e aspectos vinculados ao seu objeto central em conjunto com pesquisas e artigos jurisprudenciais contemporâneos.

O primeiro item, trata das definições doutrinárias acerca das leis penais em branco, assim a partir desse entendimento é possível analisar de forma ampla os perigos que as brechas na lei podem oferecer à sociedade e ao direito penal brasileiro. Em um segundo momento, os exemplos das brechas nas leis penais em branco, evidenciado de forma prática os efeitos e consequências, complementando a análise acadêmica do primeiro item. E, por fim, a apresentação das brechas, aproveitadas por pessoas que buscam impunidade e cometer infrações de forma não perceptível à lei, além da atuação dos magistrados quando de frente para as leis penais em branco.

1 A LEI PENAL EM BRANCO DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Para que as leis penais em branco possam ser compreendidas em sua total dimensão é importante que se saiba interpretá-las. Nesse sentido, cada hipótese a ser interpretada é oriunda de contextos diferentes. Assim, a interpretação é a leitura daquilo que a lei tem, com o seu conteúdo, o intuito de transmitir.

Porém, segundo Nucci (2020), a fim de entender o objetivo das leis, para finalmente compreender quais brechas podem apresentar, é necessário antes obter uma visão geral. E para Beck (2011) o seu entendimento é necessário, pois, atualmente, há discussões sobre políticas criminais adotadas pelos Estados em relação a sociedades globalizadas. Além disso, ocorre a redução da soberania pelos Estados e, assim surgem brechas para novos riscos provenientes de uma sociedade de consumo pós-moderna.

De acordo com Nucci (2020), a norma penal em branco é aquela que não descreve a conduta que se pretende proibir ou impor, sendo incompleta e, por isso, necessita de complemento e caso esse não exista, a conduta do agente é um indiferente penal. No entanto, as normas penais em branco podem ser diferentes entre si. Primeiro, para Nucci (2020), existem as leis homogêneas quando o complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma em branco. Assim, por exemplo, o art. 237 do CP prevê: “Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta”. Em contrapartida, o Código Penal não diz quais são as causas de impedimento, sendo necessário o complemento do art. 1.521 do Código Civil. Como o Código Civil e Penal são provenientes da mesma fonte legislativa, o art. 237 é norma penal em branco homogênea.

Em segunda instância, Nucci (2020) afirma que a norma penal em branco heterogênea é aquela em que o complemento é oriundo de fonte legislativa diversa da norma em branco. Por exemplo, o art. 33 da Lei 11.343/06, lei oriunda do Congresso Nacional e a Portaria n. 344/98/MS, proveniente do Poder Executivo.

Para finalizar a apresentação de suas diferentes hipóteses, o referido autor apresenta a definição quanto à norma penal em branco de sentido revés ou invertida. Apresenta-se quando a descrição da conduta é completa, no entanto deixa de apresentar o preceito secundário, aquele que dispõe sobre a sanção penal. Como exemplo, o art. 158, § 3º do Código Penal, que trata da extorsão: “§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.”. Portanto, em caso de morte ou lesão corporal grave, o parágrafo terceiro não traz pena para as condutas, mas faz remissão a outro dispositivo: o art. 159, §§ 2º e 3º.

Constata-se assim, para Beck (2011), que as leis penais em branco são *lex imperfectas*, ou seja, leis imperfeitas e são mantidas dessa forma por seu aspecto prático, já que são muito flexíveis, pois a matéria de proibição modifica-se facilmente com as transformações que sofrem os acontecimentos a que se referem. Porém, apesar do comodismo garantido por elas, surge um aspecto mais grave ao qual Beck (2011) se refere como a não satisfação da sociedade para com as leis.

2 EXEMPLOS DE BRECHAS NA LEI PENAL EM BRANCO

Segundo Busato (2013) a lei penal em branco foi feita por Karl Binding (*blankettstrafgesetze*), com o intuito de dar nome às leis que continham a *sanctio juris* determinada, tipo genérico formulado como proibição, a ser completado por outra lei, esta em sentido amplo. Binding (apud BUSATO 2013) também cunhou a frase “*a lei penal em branco é um corpo errante em busca de alma*”. Com isso, entende-se que há algo faltando para torná-la completa, esse espaço dá origem às brechas.

Inicialmente, temos como exemplo o art. 33 da Lei 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Nesse artigo citado, a lei deixa de fornecer informação central necessária para o seu entendimento, a definição da droga. Como consequência, não é possível definir o que não pode ser vendido, repassado ou transportado, uma brecha evidente que permite que pessoas saiam impunes de casos em que o produto transportado não é tipificado na própria lei. O complemento que Binding (apud BUSATO 2013) chamaria de alma da lei só ocorre no rol das drogas proibidas, para fins de incidência do art. 33, na Portaria n. 344/98/MS, que, dentre as substâncias proibidas, traz o THC, substância presente na maconha. Por isso, é considerado tráfico de drogas o seu comércio, a exemplo.

Ainda segundo Busato (2013) a lei penal em branco definida por Binding foi, mais tarde, aprimorada por Mezger. Ele classificou os tipos penais em tipos penais

abertos e tipos penais fechados. O tipo penal fechado diz respeito àqueles que possuem a descrição completa da conduta típica proibida, no entanto, Mezger (apud BUSATO, 2013) classificou a lei penal em branco como regra jurídica de tipo penal aberto, pois, necessitaria de complemento que viria de instrumento jurídico externo ao próprio tipo penal.

Outro exemplo de lei penal em branco, citada por Busato (2013) é o artigo 237 do Código Penal "contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta." Porém, o referido autor diz que o Código Penal não menciona quais são os casos de impedimentos, sendo, portanto, necessário que o intérprete utilize do artigo 1521 do Código Civil para que seja realizado o complemento normativo. Inúmeros são os exemplos, desde o artigo 149 do Código Penal Brasileiro, que trata de condições análogas à escravidão aos casos já citados, mas a essência da lei penal em branco é a falta da alma, mencionada por Binding e citado por Busato (2013).

Todavia, Busato (2013) salienta que os tipos penais abertos e as leis penais em branco não podem ser confundidos. As leis penais em branco não são tipos penais incompletos no sentido de tipos abertos. Em síntese, nos tipos penais abertos o juiz como intérprete realiza a completude da regra jurídica, por meio de critério axiológico, enquanto nas leis penais em branco, ocorre a norma de complementação que realiza a completude da lei, que Binding chamava de imperfeita.

3 IMPUNIDADE E A AÇÃO DO JUIZ

Com o advento da globalização econômica e a maior acessibilidade que estreita relações entre pessoas físicas e jurídicas Paulo Freire, citado pelo Professor e

Palestrante Diego Pereira Machado (2014), afirma que principalmente após a Segunda Guerra Mundial, criminosos de grande calibre, passam a utilizar fora dos limites legais, seus poderes econômicos e políticos para a prática de crimes de diferentes escalas de periculosidade como sonegação fiscal, crimes eletrônicos, tráfico de armas, drogas e outras formas de transgressão. Dessa forma, a partir da experiência se tornaram aptos a ficar camuflados dentro do sistema, utilizando seus poderes e contatos. Paralelamente, utilizam de brechas na legislação para passarem impunes e despercebidos, tornando-se casa vez mais perigosos e longe do controle das leis.

Raúl Cervini (1995) apresenta uma visão desses crimes com o ponto de vista econômico que torna a questão um fenômeno nocivo à sociedade como um todo. Desse modo, ainda segundo o autor, a urbanização cresceu por causa do caráter anônimo das relações humanas, potencializado pela falta de transparência das situações, não vigiado por um fracasso dos controles sociais, culminando, principalmente, em grandes concentrações de poder político e econômico. Em sequência, Cervini explica que essa concentração pode ser mantida com facilidade já que se tornou possível, diante da má utilização do ordenamento jurídico, além de suas falhas e brechas (parte delas causadas pelas leis penais em branco), uma forma de especialização no ato de infringir a lei. Por fim, (comentário próprio) com a lei penal em branco é sabido que quando há uma brecha, poderá ser utilizado o princípio do *indubio pro reo*, ou seja, em caso de dúvidas o réu será beneficiado, portanto é mais uma possibilidade de impunidade.

Para finalizar seu pensamento Cervini (1995) apresenta uma tese de que a partir dessa modificação social e com o medo gerado pelo anonimato, possibilitando a ideia de qualquer pessoa pode estar ligada a delitos por baixo dos panos, a sociedade passaria a se dividir em duas frentes, a doente ou a dos bandidos e a sadia ou dos homens de bem. Com esse processo de segregação, o autor diz que a população é

induzida, de forma ilusória, à conclusão de que o único caminho para a paz social é por meio da eliminação dos doentes, bandidos ou homens maus, punindo-os por meio de penas severas e implacáveis.

Para evitar que a situação chegue a níveis extremos como os citados por Cervíni (1995) é necessário que se tenha uma ação efetiva dos juízes diante de possíveis falhas e brechas do ordenamento jurídico com atenção particular às leis penais em branco.

Outro pensamento, seria o do Eugenio Raúl Zaffaroni (2001), o juiz descreve essa situação como um processo de criminalização dos marginalizados que busca inibir os outros a não cometerem crimes e serve para que haja um sentimento de tranquilidade no setor hegemônico, onde estão os criminosos do colarinho branco, fenômeno intitulado hegemonia-marginalização. E também, os ensinamentos de Daniel Gerber tem relação com isso e são pertinentes, pois, ele analisa a doutrina de Gunter Jackobs, critica o simplório meio de segregação social defendido pelo mestre alemão, em que a sociedade se combate um suposto risco à sua integridade e segurança, uma espécie de inimigo.

Por ser parte decisiva de um processo há de se falar da ação do juiz ante às brechas. Segundo Canalli (2011), ultrapassa uma função puramente jurídica e assume um papel de responsabilidade civil do magistrado. O Estado nomeia os magistrados para assumir o papel de agentes julgadores, dessa forma, eles o representam a corte, tendo a obrigação de suprir as necessidades que o Estado apresenta. E para finalizar, de acordo com Patricia Perrone Campos Mello (2008), "Os juízes são chamados pela lei a criar sempre que há uma cláusula geral". Dessa forma, conclui-se que ele deve e pode suprir as brechas da lei, mas sempre sob a égide da constituição.

CONCLUSÃO

É possível observar acerca das definições doutrinárias sobre a lei penal em branco que, por hábito, os tipos penais deverão ser vistos como formas de vedação de condutas que possam lesar bens comuns, sendo que as respectivas normas devem ser suficientemente claras e não conter expressões imprecisas, de modo a poderem efetivamente cumprir seu papel garantista.

Lado outro, como fora evidenciado pelos exemplos de brechas na lei penal, por mais que se busque esgotar dentro da legislação todas as hipóteses atinentes a um determinado tipo penal, torna-se tarefa extremamente difícil e desafiadora, fazendo com que o legislador acabe por lançar mão de um tipo penal incompleto denominado de norma penal em branco, a qual pode ser complementada por uma norma homogênea (oriunda de uma mesma fonte legislativa) ou heterogênea (oriunda de fontes legislativas diversas).

Tem-se a oportunidade de constatar ainda que há impunidade, por isso de suma importância é verificar a atuação do magistrado. Pois, em decorrência de tais normas penais em branco, acabam por surgir lacunas na lei, denominadas de brechas, espaços estes abertos o suficiente para trazer grande insegurança jurídica, considerando que a não previsão normativa específica pode levar à impunidade daqueles que porventura não se enquadrem na descrição constante do tipo penal, circunstância esta completamente contrária aos princípios mais básicos do Direito Penal. Logicamente, o efeito negativo direto daí decorrente é social, por razões óbvias.

À vista disso, naturalmente surge a necessidade de se compreender o papel do juiz em face de uma norma penal, missão indiscutivelmente desafiadora e difícil, haja vista que nesta seara estará ele julgando outros seres humanos, carregando o pesado fardo de não poder errar, sob pena de comprometer direitos fundamentais dessas

peças e, ainda pior, pelo fato de não ser a norma, por vezes, completa e também precisar ser interpretada, exige do julgador um comportamento equilibrado o suficiente para manter a impessoalidade, a razoabilidade, dentro da mais absoluta constitucionalidade, aplicando o direito e sem legislar, sempre no intuito de fazer valer uma norma penal verdadeiramente eficaz.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco** 2.ed, Brasil: Editora 34, 2011.

BUSATO, Paulo **Fundamentos do Direito Penal**: direito penal baseado em casos. Brasil: Juruá Editora, 2013.

CANALLI, Luiz Carlos. **Breves Considerações Sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais**. Juris Plenum, Caxias do Sul, RS, Ano VII, Número 39,p 43-69, mai 2011

CERVINI, Raúl. **Macrocriminalidade Econômica**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3, n. 11, p. 50, jun.-set. 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9.ed. São Paulo: Editora Forense 2020

MACHADO, Diego Pereira. Um pouco sobre a impunidade colarinho em branco e Brasil. **Jus Brasil**. [S.D]. Disponível em:
<https://diegomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/150410942/um-pouco-sobre-impunidade-colarinho-branco-e-brasil-qualquer-semelhanca-e-mera-certeza-de>

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Furos na Lei. **Jus Brasil**. Setembro, 2008.

Disponível em:

[https://www.conjur.com.br/2008-set-](https://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar#:~:text=%E2%80%9COs%20ju%C3%ADzes%20s%C3%A3o%20chamados%20pela,que%20h%C3%A1%20uma%20)

[07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar#:~:text=%E2%80%9COs%20ju%C3%ADzes%20s%C3%A3o%20chamados%20pela,que%20h%C3%A1%20uma%](https://www.conjur.com.br/2008-set-07/legislativo_abriu_caminho_juiz_pudesse_criar#:~:text=%E2%80%9COs%20ju%C3%ADzes%20s%C3%A3o%20chamados%20pela,que%20h%C3%A1%20uma%20)

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGEL, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57-123, cap. I.