

# EFICÁCIA TEMPORAL DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO NOS INJUSTOS PENAIS DE PESCA

**LUÍS ROBERTO GOMES**

Mestrando em Direito Penal pela UEM - Universidade Estadual de Maringá. Professor de Direito Penal na Associação Educacional Toledo/Pres. Prudente. Procurador da República.

**RESUMO:** A configuração dos injustos penais de pesca depende necessariamente do recurso a tipos penais em branco, que estão construídos tecnicamente de forma que são dependentes de disposições administrativas de regulação da pesca e de proteção dos recursos naturais (acessoriedade administrativa). Isso constitui um acerto, dada a complexidade e o caráter dinâmico da matéria de regulação. No entanto, a constante modificação das normas administrativas no tempo apresenta problemas. Quando a norma temporal, v.g., mais severa, deixa de estar em vigor, recobra sua vigência a lei anterior mais benigna. Se esta se aplica, então, com caráter retroativo, a lei temporal perderá grande parte de sua eficácia. O presente artigo tem por objeto discutir os conflitos das normas penais em branco no tempo, nos delitos de pesca, e propor algumas soluções.

**PALAVRAS-CHAVE:** injustos penais de pesca - tipos penais em branco - acessoriedade administrativa - leis temporárias - leis excepcionais - conflito no tempo - retroatividade - irretroatividade

**RESUMEN:** La configuración de los injustos penales de pesca depende necesariamente del recurso a tipos penales en blanco, que están contruidos técnicamente de manera que son dependientes de las disposiciones administrativas de regulación de la pesca y de la protección de los recursos naturales (accesoriedad administrativa). Ello constituye un acierto, dada la complejidad y el carácter cambiante de la materia de regulación. No entanto, la constante modificación de la normativa administrativa en el tiempo plantea problemas. Cuando la norma temporal, v.g., más severa, deja de estar en vigor, recobra su vigencia la ley anterior más benigna. Si ésta se aplica entonces con carácter retroactivo, la ley temporal perderá gran parte de su eficacia. El presente artículo tiene por objeto discutir los conflictos de las normas penais en blanco en el tiempo, nos delitos de pesca, y proponer algunas soluciones.

**PALABRAS-CLAVE:** injustos penales de pesca - tipos penales en blanco - acessoriedad administrativa - leyes temporales - leyes excepcionales - conflicto en el tiempo - retroactividad - irretroactividad

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Normas penais em branco. 3 Eficácia temporal das normas penais em branco. 4 Normas penais em branco nos delitos ambientais. 5 Normas penais em branco nos injustos penais de pesca. 6 Eficácia temporal das normas penais em branco relativas aos injustos penais de pesca. 7 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

A configuração dos injustos penais de pesca depende, necessariamente, de normas administrativas, haja vista que os tipos legais desses delitos deverem ser complementados, em regra, por normas emanadas do órgão ambiental competente para disciplinar a pesca e a proteção dos recursos ictiofaunísticos<sup>1</sup>.

A acessoriedade administrativa nesses casos é inevitável, já que se trata de matéria extremamente dinâmica, regulada por inúmeras variáveis relativas a fenômenos naturais (*i.e.*, piracema), a diferentes bacias hidrográficas, corpos d'água e faixas litorâneas, a diferentes espécies com maior ou menor necessidade de proteção, a diferentes petrechos, métodos ou técnicas em constante evolução, entre outros fatores, tudo situado em um imenso continente. Além disso, a pesca é atividade social de importância indiscutível, por ser relevante fonte de alimentação e de lazer, e por gerar riqueza, trabalho e emprego em suas diversas modalidades, desempenhando a Administração Pública um papel de compatibilização entre a sustentabilidade dessa atividade e a proteção dos recursos pesqueiros.

Dessas assertivas, extrai-se a complexidade da matéria e a necessidade de freqüente regulação, descortinando-se, então, como recomendável, a utilização da técnica da norma penal em branco, pela qual se mantém um núcleo legal típico intangível mas facilmente atualizável, pela edição de norma complementar exterior ao campo penal.

Justamente por conta da freqüência com que se examinam e se modificam as normas reguladoras da pesca, tem ocorrido grande quantidade de casos concretos envolvendo conflitos de leis penais no tempo, pela variabilidade dos complementos dos tipos legais dos delitos dessa natureza.

Diante disso, o escopo do presente artigo é iniciar uma reflexão, necessária e atualíssima, sobre a eficácia temporal das normas penais incriminadoras nos delitos de pesca, considerando-se a particularidade de serem normas penais em branco.

---

<sup>1</sup> Para simplificar-se, será utilizado o termo "ictiofauna" (fauna de peixes), genericamente, para efeitos didáticos, querendo abranger também a carcinofauna (fauna de crustáceos) e a malacofauna (fauna de moluscos), que também são objeto dos atos de pesca.

## 2 NORMAS PENAIS EM BRANCO

Em determinadas situações, o Direito Penal foge à regra básica que o norteia, de definir exaustivamente os tipos penais, lançando mão das chamadas normas penais em branco, cujas hipóteses legais têm um vazio normativo, que deve ser preenchido por normas alheias a seu conteúdo descritivo. Conforme se leciona, normas penais em branco podem ser conceituadas como aquelas “em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo para sua integração ou complementação”<sup>2</sup>, ou seja, “a hipótese legal ou prótase é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatada/determinada por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal”<sup>3</sup>.

Não há como não utilizar essa técnica legislativa, considerando que, em inúmeras situações, é absolutamente inviável a descrição completa e acabada, pelo próprio tipo penal, de determinadas condutas cuja dinamicidade e condicionamento a fatores mutáveis no tempo e no espaço tornam essa tarefa impossível. Com efeito, “a regulação jurídico-penal de certas matérias (v.g., economia popular, meio ambiente, relações de consumo, saúde pública, ordem tributária), altamente condicionadas por fatores histórico-culturais, que exigem uma atividade normativa constante e variável, costuma ser realizada por imperiosa necessidade técnica através do modelo legislativo denominado lei penal em branco (*Blankettstrafgesetz*)”<sup>4</sup>.

Destarte, verifica-se na legislação penal certa abundância de normas que necessitam obter complemento extratipo em outras normas e cuja formulação completa no próprio tipo penal seria desaconselhável, mormente por questões de ordem técnica. Por fim, observe-se que a norma complementadora editada passa a integrar o tipo penal.

## 3 EFICÁCIA TEMPORAL DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO

Os conflitos gerados pela sucessão de leis penais no tempo são resolvidos pela aplicação dos princípios da irretroatividade da lei penal mais severa e da

---

<sup>2</sup> PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1, p.578.

<sup>3</sup> PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op.cit., p.172.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op.cit., p.172.

retroatividade da lei penal mais benigna, à luz do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II, XL, XXXIX, CP, art. 1º e art. 2º, *caput* e § único).

Tratando-se de lei excepcional ou temporária, “embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato ocorrido durante sua vigência” (CP, art. 3º), devendo prevalecer a regra do *tempus regit actum* (CP, art.4º). Insta salientar-se, sobre as leis temporárias e excepcionais, que “não se pode ver na ultratividade dessas leis violação do princípio constitucional de que a lei retroage quando beneficiar o acusado (art.5º, XL). Não se trata aqui de retroatividade, mas de ultratividade, isto é, a lei aplica-se a fato cometido quando ela estava em vigor: permanece o princípio *tempus regit actum*”<sup>5</sup>. Ademais, pode-se dizer que a perda de vigência dessas normas não implica que tenham sido revogadas por lei superveniente, mas por elas mesmas, já que contêm em si o próprio rótulo de validade no tempo. E, caso não houvesse a ultratividade, a eficácia dessa espécie de normas restaria tão comprometida que não se justificaria sua presença no ordenamento jurídico.

Noutra ótica, segundo Claus Roxin, a exceção legal à retroatividade da lei mais benigna, quando se tratar das chamadas leis temporárias, é idéia básica que tem importância sobre todo o Direito Penal econômico<sup>6</sup>. Nas palavras do autor: “consiste en que el sujeto que há incurrido en responsabilidad penal sólo debe beneficiar-se por la desaparición de la ley que há infringido, si el cese de su vigencia se debe a una modificación de la valoración políticocriminal, pero no si se debe sólo a un cambio de las circunstancias fácticas (p.ej. económicas)”<sup>7</sup>. Nesse sentido, Hans Heinrich Jeschek e Thomas Weigend afirmam que “uma exceção na aplicação retroativa da lei penal mais favorável vem fornecida para o caso em que a norma prévia é uma lei temporal. Esta última resulta também aplicável aos delitos cometidos sob sua vigência, ainda que já não se encontre em vigor (§2o IV); a razão disso reside em que a ab-rogação da lei temporal só está motivada pela extinção da causa que a originou mas não por uma mudança na concepção jurídica do legislador. Do contrário, ademais, tão logo a vigência da lei temporal fosse aproximando-se de seu fim, deixaria de possuir autoridade alguma”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.78.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2 ed. Trad. Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de. Madrid Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, 1997, p.169.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus, op. cit., p.169.

<sup>8</sup> JESCHEK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenere. Granada: Editorial Colmares, 2002, p.151.

Dessa mesma forma, a aplicação do artigo 3º do Código Penal não viola o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, devendo-se respeitar a ultratividade da lei excepcional ou temporária.

Por outro lado, sobre as normas penais em branco uma questão que tem suscitado vivo debate na doutrina pátria é se devem elas retroagir quando se tornarem mais benignas pela alteração da norma complementar. Afirma-se que a resposta não é simples, já que necessariamente dependerá de se analisar a espécie e a natureza da norma penal em branco e do respectivo complemento, bem como o fundamento da ab-rogação ou da benesse, antes de se chegar a qualquer conclusão.

José Henrique Pierangelli enuncia que a norma penal em branco deve ser examinada sob os enfoques da origem da norma complementar, ou seja, se provém da mesma fonte legislativa (em sentido amplo) ou se de fonte legislativa heterogênea (em sentido estrito)<sup>9</sup>. No primeiro caso, considera não haver maior dificuldade, mencionando o artigo 237 do Código Penal (contração de casamento com conhecimento prévio de impedimento), cujo complemento – impedimento matrimonial – deve ser buscado nos artigos 1521 e 1522 do Código Civil de 2002. Aqui, segundo o autor, como a proibição emerge da mesma fonte legislativa, a modificação da legislação complementar produz efeitos amplos. Assim, se for removido determinado impedimento matrimonial por legislação superveniente, deve haver a retroatividade benéfica, operando-se a *abolitio criminis*. Daí afirmar o autor que “a norma penal em sentido amplo não apresenta maiores dificuldades, vez que a proibição também passa por um demorado processo de elaboração legislativa e ingressa no ordenamento jurídico com o caráter de norma comum, dotada, digamos, de estabilidade para viger por tempo indeterminado, em situação de absoluta normalidade”<sup>10</sup>. Por outro lado, se a proibição procede de outros órgãos legiferantes, a situação comporta duas soluções, conforme a legislação complementar se revista ou não de excepcionalidade ou temporariedade: a) em caso negativo, que se dá nas portarias sanitárias estabelecidas das moléstias cuja notificação é compulsória, se revogada ou modificada a legislação complementar poderá haver descriminalização; b) em caso positivo, ou seja, caso a proibição apareça em legislação editada em situação de anormalidade econômica ou social que reclame uma pronta e segura intervenção do Poder Público há uma proximidade com as normas temporárias e excepcionais<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> PIERANGELLI, José Henrique. A norma penal em branco e a sua validade temporal. In: \_\_\_\_\_. *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p.176-182.

<sup>10</sup> PIERANGELLI, José Henrique, op. cit., p.180.

<sup>11</sup> PIERANGELLI, José Henrique, op. cit., p.180.

Ademais, essa legislação extrapenal “introduz-se inseparavelmente no tipo, e este, com a sanção que já dispunha e com a proibição que a ele agrega, torna-se também lei excepcional, razão pela qual a retroatividade do complemento, para beneficiar, fica obstaculada pela nova estrutura assumida pelo tipo”<sup>12</sup>.

A questão, então, merece consideração também pelo ângulo da tipicidade, já que o complemento passa a integrar a norma penal, convertendo-se em elementar. A revogação posterior do complemento na órbita administrativa, por si só, não tem o condão de modificar o núcleo do tipo penal anteriormente aperfeiçoado na forma de norma penal temporária ou excepcional, haja vista que sua situação jurídica é regida por regramento próprio hierarquicamente superior, ou seja, o próprio Código Penal.

Além disso, é importante analisar o fundamento da ab-rogação da norma complementar ou de sua mitigação em relação à situação pretérita, a fim de se aferir se ocorreu exteriorização de nova consciência geral sobre determinado fato através da ação estatal. Ou seja, é inarredável constatar-se se houve ou não nova orientação político-criminal, de não punir, por se entender a conduta passada adequada socialmente no momento posterior ou se a modificação no complemento se deu apenas em razão de circunstâncias fáticas e secundárias, que não atingem o injusto penal já aperfeiçoado, por permanecerem intactos o desvalor da ação e o desvalor do resultado.

#### 4 NORMAS PENAIS EM BRANCO NOS DELITOS AMBIENTAIS

A utilização da técnica de se descrever insuficientemente a conduta típica no preceito primário da norma penal incriminadora, condicionando sua completude ao ingresso no tipo básico de normas emanadas de outras instâncias normativas, é particularmente importante no campo do Direito Penal ambiental. A uma, porque absolutamente inviável pretender que o tipo penal esgote a descrição de todos os elementos da conduta típica, considerada a dinamicidade e a mutabilidade próprias dos fatores ambientais que influem sobre o objeto jurídico tutelado<sup>13</sup>. Caso se pretendesse que os tipos penais ambientais fossem

<sup>12</sup> PIERANGELLI, José Henrique, *op. cit.*, p.180.

<sup>13</sup> Argumenta-se que “na defesa do meio ambiente, há necessidade da complementação da lei penal em branco mediante ato administrativo. Não se admite, é claro, a criação de novos tipos penais. No entanto, poder-se-ia admitir a complementação da norma penal em branco nos casos em que não haja cominação penal incriminadora. A lei é estática; e o meio ambiente é dinâmico. Se se pretende proteger o meio ambiente é necessário adotar medidas eficazes e rápidas para se evitar o dano irreversível. Não seria possível esperar a tramitação de uma lei até sua promulgação para se proteger uma espécie silvestre ameaçada de extinção, por exemplo. Há espécies em estado avançado de

absolutamente completos, abarcando todos os elementos de natureza ambiental, teríamos verdadeiros “monstregos”, paquidermes fadados à inaplicabilidade por não acompanhar a velocidade das mudanças que normalmente ocorrem nessa seara. Ou, doutro lado, ter-se-iam descrições típicas tão genéricas que para ser aplicáveis obrigariam o julgador a legislar, o que é inadmissível, por óbvio, pela violação à estrita legalidade. A duas, porque a tarefa de intervir para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, editando normas técnicas para esse fim, cabe em primeira mão à Administração Pública, devendo atuar o Direito Penal somente como *ultima ratio*, fulcrado na subsidiariedade e diante apenas daquelas lesões mais graves ao bem jurídico ambiental, quando se fizer realmente necessário.

É certo que a demasiada utilização pelo legislador do instituto da norma penal em branco pode enfraquecer a garantia da tipicidade e da taxatividade, mormente porque o editor da norma complementar comumente desconhece a principiologia característica da esfera penal, não raro elaborando normas cuja aplicação é obstaculizada pelos princípios penais. Todavia, nem por isso se pode descartar tão importante recurso<sup>14</sup>.

Luiz Regis Prado leciona que “a necessidade e a própria natureza da matéria ambiental justificam o emprego do procedimento técnico-legislativo da norma em branco na formulação dos tipos de injusto, respeitados os infranqueáveis parâmetros constitucionais-penais”<sup>15</sup>. Outrossim, Érika Mendes de Carvalho, observando que as normas penais em branco em matéria ambiental são largamente empregadas por conta da própria natureza alterável e específica do direito do ambiente, e enfatizando que a principal vantagem é a estabilidade do dispositivo principal e a maleabilidade dos complementos, adverte, porém, que o recurso à norma penal em branco deve respeitar os parâmetros constitucionais-penais e ser utilizado somente quando necessário<sup>16</sup>.

---

extinção a curto prazo e consideradas ameaçadas de extinção a médio prazo (espécies nacionais, regionais e locais). Somente em determinada localidade existe tal espécie. E por ato administrativo emanado de órgãos ambientais integrantes do SISNAMA é que melhor se protegerá a espécie silvestre ameaçada” (SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei 9605, de 12-2-1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.41-42).

<sup>14</sup> Consoante assevera Gilberto Passos de Freitas, “a doutrina, no que diz respeito às infrações ambientais, de forma majoritária, vem se orientando no sentido de que, para uma efetiva proteção penal do meio ambiente, dada a sua complexidade, torna-se imprescindível o emprego da norma penal em branco” (FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.118).

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: RT, 2005, p.97.

<sup>16</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.163.

No mesmo sentido, afirmando-se que a utilização de tipos abertos e de normas penais em branco constitui um mal necessário, para que seja possível assegurar maior efetividade à tutela penal ambiental, conclui-se ser indispensável, contudo, “para que não se desborde para o arbítrio, intolerável num Estado de direito, que o legislador restrinja ao máximo o emprego de tais formas de tipificação, limitando, também o campo da complementação, em relação às normas penais em branco, àquilo estritamente necessário à perfeita definição da conduta delituosa”<sup>17</sup>. Além disso, o *nullun crimen sine lege* impõe que a lei penal em branco contenha a descrição do núcleo essencial da ação proibida (ou ordenada), além de delimitar inteiramente o bem jurídico protegido<sup>18</sup>. Ou seja, “a previsão imperativa (positiva ou negativa) deve fixar com transparência os precisos limites (margens penais) de sua integração por outro dispositivo legal. Isso porque o caráter delitivo da ação ou omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da *absoluta* reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade”<sup>19</sup>. Noutro dizer, os elementos essenciais da matéria de proibição devem constar do tipo de injusto penal, recorrendo-se à esfera administrativa apenas para a obtenção dos complementos técnicos que o legislador penal não puder fixar<sup>20</sup>.

Portanto, desde que respeitados os parâmetros mínimos, nada impede que se utilize a norma penal em branco nos crimes ambientais, haja vista a necessária e inarredável dependência do Direito Penal ao Direito Administrativo, na forma do que a doutrina denomina de *acessoriedade administrativa*<sup>21</sup>. E caso o complemento integrador torne o tipo tão incerto ou impreciso que viole o princípio da legalidade, cabe ao aplicador da lei penal simplesmente dizê-lo, superando a tensão característica e inevitável que ocorre entre essas esferas.

<sup>17</sup> COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Crimes e infrações administrativas ambientais: comentários à Lei 9605/98*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.168.

<sup>18</sup> CEREZO MIR, José. Las leyes penales en blanco en la protección del medio ambiente. In: *Obras completas: otros estudios*. Lima: ARA Editores, 2006, p. 381, t. II.

<sup>19</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, op. cit., p. 173.

<sup>20</sup> Noutra ótica, eminentemente pragmática, partindo de tipos que não apresentam qualquer problema com o princípio da legalidade, como o do homicídio, conclui-se que “o princípio da legalidade seguramente não está violado nas normas penais cujas remissões ao direito administrativo se limitem a concretizar o que é o risco juridicamente desaprovado, vez que tal recurso ao direito administrativo teria de se fazer até mesmo no caso de normas sem permissão expressa” (GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, n. 58, São Paulo, 2006, p. 193).

<sup>21</sup> Sobre o assunto, conferir GRECO, Luís. Direito penal e direito administrativo no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, 2006, p.152-194.

## 5 NORMAS PENAIS EM BRANCO NOS INJUSTOS PENAIS DE PESCA

A Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998, estabeleceu, em seus artigos 34 e 35, os seguintes injustos penais de pesca: a) pesca em período proibido ou lugares interditados; b) pesca de espécies que devem ser preservadas e de espécimes com tamanhos inferiores ao permitido; c) pesca em quantidades superiores às permitidas; d) pesca mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; e) transporte, comercialização, beneficiamento ou industrialização de espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas; f) pesca mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; g) pesca com substâncias tóxicas ou outro meio proibido pela autoridade competente.

Colhe-se que a dependência dos delitos de pesca da norma administrativa é bastante intensa. Todos os tipos legais desses delitos são completados por normas emanadas do órgão ambiental competente para disciplinar a pesca e a proteção dos recursos ictiofaunísticos. Com efeito, apenas a administração pública ambiental poderá dizer qual o período em que a pesca será proibida, quais os lugares proibidos ou interditados, quais as espécies devem ser preservadas, quais as espécies terão limite mínimo de tamanho e qual o permitido para captura, quais as quantidades de pescado permitidas, quais os aparelhos, petrechos, técnicas, métodos e substâncias não permitidos, etc. Não poderia ser diferente já que se trata de matéria extremamente dinâmica, regulada por inúmeras variáveis relativas a fenômenos naturais (*i.e.*, piracema), a diferentes bacias hidrográficas, cursos d'água e áreas marítimas e estuarinas, a diferentes espécies, com maior ou menor necessidade de proteção, a diferentes petrechos, métodos ou técnicas constantemente alterados, entre outros fatores. Além disso, a pesca é atividade social de importância indiscutível, por ser relevante fonte de alimentação e lazer, e por gerar riqueza, trabalho e emprego em suas diversas modalidades (pesca de subsistência, pesca comercial, pesca turística, pesca desportiva, pesca científica, etc.). Destarte, a administração pública exerce tarefa de constante revisão das inúmeras restrições que incidem sobre a pesca (espaciais, temporais, instrumentais, em função do sujeito ativo, da espécie do pescado, da quantidade de pescado, etc.), procurando compatibilizar a sustentabilidade dessa atividade com a proteção dos recursos pesqueiros, o que demonstra a complexidade da matéria e a necessidade de freqüente regulação.

Já se tentou, *v.g.*, com a edição da Lei 7653, de 12/02/1988, dando-se nova redação do artigo 27 da Lei 5197, de 3 de janeiro de 1967, fixar por lei ordinária

o período da piracema, estabelecendo-se que: “Fica proibido pescar no período em que ocorre a piracema, de 1º de outubro a 30 de janeiro, nos cursos d’água ou em água parada ou mar territorial, no período em que tem lugar a desova e/ou a reprodução dos peixes” (art.27, § 4º). Cominou-se a pena de um a três anos de reclusão. Ora, acontece que a piracema é um fenômeno natural de reprodução dos peixes marcado pela variabilidade, considerando que depende de diversos fatores, entre eles o regime das chuvas, o clima e o *habitat* aquático, sem contar que varia em função da espécie. Por conta disso, a piracema pode começar mais cedo e terminar mais cedo, começar mais tarde e terminar mais tarde, ou mesmo começar mais cedo e terminar mais tarde, necessitando-se, não raro, de ampliação do período inicialmente estabelecido. Querer que a natureza se curve à lei ordinária, que a piracema se dê matematicamente no período legalmente previsto, é de uma estupidez tão grande que desmerece qualquer comentário. Aliás, reportada “pérola” legislativa não teve vida longa, tendo sido editada em fevereiro e revogada em novembro do mesmo ano.

Assim, partindo-se do pressuposto de que necessário o Direito Penal para a proteção da ictiofauna, não há como dotá-lo de eficácia senão por intermédio do recurso às normas penais em branco, através da remissão às normas administrativas emanadas da administração pública reguladora das políticas públicas de pesca<sup>22</sup>.

## 6 EFICÁCIA TEMPORAL DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO NOS INJUSTOS PENAIS DE PESCA

Nos injustos penais de pesca, nos quais predomina a dependência das normas penais em branco, impõe-se a seguinte questão: quando os atos normativos secundários que integram os tipos legais dos artigos 34 e 35 da Lei 9605/98, prevendo restrições à pesca, forem substituídos por outros mais

---

<sup>22</sup> José Cerezo Mir reconhece que as normas penais em branco apresentam problemas, desde o ponto de vista da legalidade, quando, para a descrição das ações proibidas (ou ordenadas), se faz remissão a disposições jurídicas de nível inferior à lei. Mas essa técnica é aceitável, conclui o autor com apoio em Arroyo Zapatero, quando seja necessária por razões de técnica legislativa (por resultar em outro caso a regulação legal excessivamente casuística) ou pelo caráter extraordinariamente cambiante da matéria objeto de regulação, que exigiria uma revisão muito frequente das ações proibidas ou ordenadas, que é o caso, sem dúvida, da proteção do meio ambiente (CEREZO MIR, José. *Las leys penales em blanco en la protección del medio ambiente*. In: \_\_\_\_\_. *Temas fundamentales del derecho penal*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2002, p. 9, v. 2). Estas características se verificam marcadamente nos delitos de pesca, tanto pelo caráter extremamente dinâmico e mutável dos fatores ambientais que influem nos ambientes aquáticos, como pela imensa casuística de que se revestem as normas administrativas de pesca, absolutamente impossível de ser abrangida pela lei penal.

benéficos, ou sofrerem ab-rogação, opera-se a retroatividade da *novatio legis in mellius* em benefício do infrator?

*A priori*, cumpre consignar que o vazio normativo das hipóteses legais dos crimes de pesca é preenchido normalmente por normas administrativas (fontes formais heterogêneas, de hierarquia inferior), não obstante em tese o possa ser por normas emanadas na mesma instância legislativa, a exemplo da malfadada Lei 7653, de 12/02/1988, que ousou fixar o período de piracema. Também se mostra possível a existência de leis estaduais dispendo sobre a pesca.

Pois bem. Verifica-se, ainda, que as normas penais em branco nos crimes de pesca podem ser temporárias ou mesmo excepcionais.

Tipicamente temporárias são as normas penais aplicáveis durante o período da piracema, fenômeno de reprodução da ictiofauna em que as espécies migram para a desova. Cuida-se de fenômeno transitório, que se dá normalmente no entre o terço final de um ano e o terço inicial do ano seguinte, embora possa haver variações em função das espécies, do clima, entre outros fatores já mencionados alhures. Todos os anos, portanto, são editadas diversas portarias pelo órgão ambiental competente, relacionadas às diferentes bacias hidrográficas e às zonas litorâneas, já trazendo em seu bojo o respectivo prazo de vigência, que corresponderá à duração do fenômeno da reprodução em cada um dos respectivos lugares. Nesse caso, as normas penais incriminadoras resultantes do processo de colmatação pelas normas administrativas reguladoras da piracema serão também temporárias.

Também é possível que as normas penais em branco nos delitos de pesca sejam excepcionais. Isso ocorre, *i.e.*, quando há a formação de um reservatório de hidrelétrica. É que a construção de hidrelétricas modifica a intensidade, duração e época das cheias, interferem nos nutrientes disponíveis e reduzem as áreas sazonalmente alagáveis, bem como criam nos segmentos situados a montante da usina condições térmicas e hidrológicas instáveis. Não bastasse, o barramento intercepta a rota migratória de diversas espécies, aumentando o número de pescadores profissionais e amadores que se aproveitam da desorientação da ictiofauna nessa fase de adaptação às novas condições do *habitat*. Nessas condições, os espécimes se tornam muito mais suscetíveis à captura indiscriminada. Assim, é recomendável que se estipulem restrições mais severas à pesca nesse período inicial de transição após a formação do reservatório, *a priori* indeterminado, enquanto durar o processo de transição<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Cf. GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.243-244.

As normas penais em branco dos delitos de pesca completadas por normas administrativas reguladoras dessa condição excepcional serão, então, normas penais incriminadoras excepcionais.

Tratando-se de normas penais de pesca temporárias ou excepcionais a regra a seguir será a do artigo 3º do Código Penal. Mesmo após a auto-revogação automática (normas temporárias) ou a revogação após a cessação das condições extraordinárias (normas excepcionais) tais normas terão ultratividade, continuando a ser aplicadas às condutas praticadas durante sua vigência.

Após o término dos períodos em que a pesca está sujeita à regulação temporária ou excepcional para a proteção do bem jurídico é de uma clareza de doer os olhos que não se aplica a retroatividade benéfica com a superveniência de regras menos restritivas à pesca. Neste caso, *tempus regit actum*. Pretender, aliás, que alguém se beneficiasse porque, v.g., após ter pescado espécies cuja captura estava proibida durante a piracema, passou-se a permiti-la posteriormente, seria uma incongruência sem tamanho. Seria como lançar ao lixo a efetividade das normas penais incidentes na piracema, mas justamente quando se trata do período em que *maior a necessidade de proteção penal do bem jurídico*, já que as espécies realizam a migração para se reproduzirem.

Uma questão classicamente invocada nesse tema reside em torno das chamadas tabelas de preço nos crimes contra a economia popular. Por serem as tabelas continuamente modificadas com o aumento dos preços, impõe-se o questionamento sobre se isso poderia favorecer os que as transgrediram quando estavam fixados preços inferiores aos marcados posteriormente. Nesse caso, afirma-se que “nos crimes, entretanto, que dependem de tabelamento administrativo, a retroatividade não se justifica. Seria o mesmo que admitir-se a eficácia retroativa de uma norma técnica de trânsito posta em vigor para facilitar o tráfego e a circulação, tal como se o trânsito à direita passasse a ser contramão, e, à esquerda, a mão de direção. Em face dessa mudança, poder-se-ia declarar extinta a punibilidade por *novatio legis* do motorista que fora declarado imprudente (e por isso condenado) por trafegar contramão? A norma penal não proíbe a venda pelo preço X, mas sim a venda acima do tabelamento, como imprudência também existe em trafegar contramão e não pela esquerda ou pela direita”<sup>24</sup>.

*Mutatis mutandis*, se para alguma piracema for fixada restrição à pesca de espécies nativas em determinada bacia hidrográfica, o fato de após a piracema permitir-se novamente a pesca de todas as espécies não implica na

---

<sup>24</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 276-277.

retroatividade da norma superveniente para beneficiar o agente que capturou certa quantidade de espécies proibidas durante o período de reprodução. Outrossim, se para regular determinada piracema, for fixado para a pesca profissional tamanho de rede de emalhar maior do que o utilizado pelo agente, o fato da norma superveniente diminuir o tamanho da malha após tal período não implica na retroação da norma menos restritiva. Nesses casos, impera a ultratividade da norma temporária vigente ao tempo prática do fato.

Destarte, a solução parece evidente quando se tratar de normas temporárias ou excepcionais, devendo-se aplicar o artigo 3º do Código Penal e a máxima *tempus regit actum*. Na verdade, a maior dificuldade se apresenta quando o complemento é dotado de estabilidade. Neste caso, há que se investigar o fundamento modificador do regime jurídico de regulação da pesca. Se houve apenas mudança nas condições fáticas de proteção da ictiofauna, ou seja, se a norma anterior era mais rígida pela necessidade de maior proteção do bem jurídico, o caso é de ultratividade da norma anterior. Apenas se houver uma mudança de ordem geral na concepção estatal acerca de eventual proibição, inclusive por conta de questões de ordem técnica, o caso é de retroagir a norma mais benéfica.

Como exemplo da primeira situação, imagine-se a decretação, pelo órgão ambiental, de “moratória” da pesca profissional e amadora em determinado rio da bacia amazônica, por um prazo indeterminado, objetivando a proteção das espécies e a recomposição natural dos estoques pesqueiros. Parece evidente que, passado o período de proibição, a norma mais benéfica que passe a permitir a pesca não deva retroagir para alcançar aquele que pescou naquele local quando era proibido. Pode-se afirmar que nesse caso resta incólume o desvalor da ação. Beneficiá-lo seria como beneficiar o agente que comete homicídio culposo dirigindo imprudentemente na contramão de direção e pretende, posteriormente, ser beneficiado por norma que muda a mão de direção no local do fato. Com efeito, “as circunstâncias posteriores, fáticas e secundárias, não atingem a configuração da infração. Assim, se a mulher vítima de sedução atinge a idade determinada como limite legal, a alteração não afeta o exame da figura típica ocorrida no período anterior, em que tinha a proteção legal”<sup>25</sup>.

Por outro lado, como exemplo da segunda situação, imagine-se a hipótese em que, em determinado momento histórico-social, resolva-se minimizar ou excluir limitações estáveis, inerentes à pesca amadora, equiparando-a à pesca profissional, em homenagem ao princípio da igualdade. Neste caso, seria injusto que a norma

---

<sup>25</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p.101.

mais benéfica não retroagisse, ante a nova postura estatal acerca, por exemplo, da quantidade que se deve permitir à pesca amadora, ou mesmo dos instrumentos utilizados nessa atividade, como a rede e a tarrafa, em determinado ambiente aquático. O comportamento típico praticado por um pescador amador ocorrido antes da edição de nova norma desse tipo deveria ser alcançado pela *abolitio criminis*, uma vez que alterado complemento estável da norma penal, operando-se a retroatividade benéfica (art. 2º do Código Penal), pois não se trataria de norma temporária ou excepcional direcionada à proteção ambiental em determinado lapso temporal, ou enquanto durassem condições extraordinárias.

Em resumo, em matéria de delitos de pesca deve-se observar se o complemento é norma temporária ou excepcional. Em caso positivo, *tempus regit actum*, aplicando-se a ultratividade da norma vigente ao tempo da prática do fato. Agora, se o complemento não for temporário nem excepcional, deve-se investigar a natureza e o fundamento da restrição e da norma mais benéfica. Se uma comparação entre as condições fáticas restritivas da pesca, anteriores e posteriores, apontar para a direção de uma mudança geral na política pública de pesca, que, logicamente, implique em nova orientação político-criminal, em nova consciência geral da coletividade sobre a atividade pesqueira, então a retroatividade da norma mais benéfica deve prevalecer. Cuidando-se, entretanto, de mera modificação nas circunstâncias fáticas, não há falar-se em retroatividade benéfica.

## 7 CONCLUSÃO

Diante da natureza extremamente dinâmica dos fenômenos naturais que envolvem a ictiofauna, bem assim da necessária compatibilização entre a atividade de pesca e a proteção dos recursos pesqueiros, a proteção penal do bem jurídico demanda a configuração dos injustos penais de pesca com dependência necessária das normas administrativas, sobretudo de normas técnicas emanadas dos órgãos ambientais competentes.

A constante modificação das normas reguladoras da pesca e da proteção da ictiofauna tem implicado no conflito temporal de normas penais em branco, mormente pela intensa variabilidade dos complementos dos tipos legais dos delitos de pesca.

Quando complementos dos injustos penais de pesca definidos nos artigos 34 e 35 da Lei 9605/98 forem substituídos por outros mais benéficos, ou sofrerem ab-rogação, deve-se analisar se ocorre a retroatividade benéfica da *novatio legis in melius* em favor do infrator.

A solução do conflito temporal das normas penais em branco nesses crimes impõe que se identifique a origem e a natureza da norma complementar. Tratando-se de norma complementar de mesma hierarquia, situação em tese possível, mas de difícil ocorrência, uma vez revogado ou modificado o complemento anterior deve haver a retroatividade benéfica.

Cuidando-se, entretanto, de fontes formais heterogêneas, ou seja, se o vazio normativo da hipótese legal do crime de pesca for preenchido por norma administrativa, como normalmente acontece, deve-se verificar se esta é temporária ou excepcional. Se afirmativa a resposta, aplica-se a regra do artigo 3º do Código Penal, respeitada a ultratividade da norma vigente ao tempo da prática do fato (*tempus regit actum*). Doutro lado, se negativa a resposta, é necessário aferir a natureza e o fundamento da restrição e da norma mais benéfica. Se uma comparação entre as condições fáticas restritivas da pesca, anteriores e posteriores, apontarem para a direção de uma mudança geral na política pública de pesca, que logicamente implique em nova orientação político-criminal, nova consciência geral da coletividade sobre a atividade pesqueira, então a retroatividade da norma mais benéfica deve prevalecer. Mas se houver, entretanto, mera modificação nas circunstâncias fáticas, não há falar-se em retroatividade benéfica.