

Normas Penais em Branco: uma Breve Análise sobre a Sua Constitucionalidade

LUIZA FONTOURA DA CUNHA

Tutora em EAD.

DOI: 10.11117/22361766.39.01.08

Submissão: 07.01.2011

Parecer 1: 02.02.2011

Parecer 2: 13.02.2011

Decisão Editorial: 23.02.2011

RESUMO: Este trabalho procura rever a utilização das normas penais em branco como forma de trazer inovação para a ordem jurídico-penal diante do princípio da legalidade. Analisa o princípio da legalidade a partir da concepção garantista, que procura assegurar a efetividade dos princípios constitucionais e o respeito à liberdade dos indivíduos; liberdade essa que se configura como um dos maiores bens jurídicos tutelado pelo Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, busca-se demonstrar que a restrição de direitos fundamentais não pode ser feita com base na maior ou menor utilidade de técnicas legislativas pelo direito. A mitigação do princípio da legalidade – cânone basilar da atual Constituição Federal brasileira – implica o retorno a governos totalitários e ditatoriais. Existe no Direito brasileiro um processo legislativo que merece ser respeitado, que possui previsão constitucional e assegura a separação dos poderes e a representação popular. Em suma, objetivou-se demonstrar que a utilização das normas penais em branco heterogêneas como instrumento que visa a garantir maior abrangência na criminalização de comportamentos desviantes é prática inconstitucional que fere diversos princípios resguardados pela Carta Política do País e deve ser, de plano, afastada.

PALAVRAS-CHAVE: Normas penais em branco heterogêneas; princípio da legalidade; garantismo; poder regulamentar; inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This project intends to review the use of abstract rule of criminal law, as a way of bringing innovation to the criminal-legal order, before the principle of legality. Analyzes the principle of legality, through the guarantee of right to trial, that intends to assure the effectiveness of the constitutional principles and the respect of individual liberty, which stands for one of the greatest legal assets guarded by the Democratic State of Law. Thus, wants to demonstrate that the restriction of fundamental rights cannot be done based on the greater or narrower utility of legal techniques by the law. A mitigation of the legality principle – foundation of the current Brazilian Federal Constitution – implies the return of dictatorial and totalitarian governments. There is, in the Brazilian law, a legislative process that deserves to be respected, that has a constitutional prediction, and assures the separation of the powers and the popular representation. Therefore, it was an objective to evidence that the use of abstract rules of criminal law as an instrument of ensuring the wider comprehension on the criminalization of deviant behaviors, is an unconstitutional practice that offends several principles guarded by the Political Letter of the country, and must be put off at first.

KEYWORDS: Abstract rule of criminal law; principle of legality; regulatory power; unconstitutionality.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O princípio da legalidade em uma percepção garantista; 2 O poder regulamentar; 3 Competência legislativa na República Federativa do Brasil; 4 A inconstitucionalidade das normas penais em branco frente ao princípio da reserva legal; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Este estudo apresenta interesse na medida em que busca demonstrar que condutas são atualmente criminalizadas pelo Poder Executivo, parcela do Estado que não detém competência para tal função.

Nessa esteira, uma vez que se outorga somente ao Legislativo competência para inovar na ordem jurídica, não se deveria permitir que o Executivo ignore os procedimentos que devem ser seguidos para que ocorra a tipificação de novas condutas penalmente relevantes.

No caso concreto, o que se depreende é uma discussão envolvendo conceitos e princípios penais e constitucionais, por meio da qual serão estudadas as normas penais em branco e o princípio da legalidade.

O trabalho apresentado começa por expor a teoria garantista (ou neogantismo) de Luigi Ferrajoli. Busca, dessa maneira, demonstrar a visão que norteou todo o estudo, ou seja, todos os institutos e princípios são vistos dentro de uma perspectiva garantista, que assegura um direito penal mínimo, subsidiário, fragmentário e acima de tudo constitucional.

Por sua relevância, analisa-se também a competência legislativa na República Federativa do Brasil, relembrando todo o processo por que passam as leis para serem aprovadas no Brasil, abordando o princípio da separação dos poderes, etc.

Por fim, diante de todos esses institutos, pretende-se demonstrar a inconstitucionalidade presente nas normas penais em branco, utilizando-se de todos os outros conceitos, princípios e institutos abordados durante o trabalho, sem esquecer que tudo isso se perfaz dentro de uma visão garantista do direito penal.

1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM UMA PERCEPÇÃO GARANTISTA

Para a análise que ora se propõe, é indispensável a fixação de algumas premissas. A primeira delas diz respeito ao modelo de justificação do Direito Penal adotado, qual seja, o garantismo¹, fixando-se assim que o sistema penal deve respeitar os princípios e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal.

1 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 34.

Da mesma forma, é importante enquadrar o princípio da legalidade nessa perspectiva garantista, lembrando a distinção existente entre a mera e a estrita legalidade. Essa exige não só a lei como condição necessária do delito e da pena (mera legalidade), mas também a observância de todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (não há pena sem necessidade, efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, etc.). A mera legalidade, portanto, pressupõe apenas sujeição do juiz à norma, simples reserva de lei, qualquer que seja ela. Já o princípio da estrita legalidade faz da reserva de lei uma reserva absoluta ao sujeitar o juiz à lei, e só a lei em sentido formal.

O inciso II do art. 5º da CF dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e o inciso XXXIX assegura: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Esse princípio é uma constante em nossos Códigos Penais. O código vigente prescreve, no art. 1º, que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Daí decorrem inúmeras consequências: a) somente a lei pode qualificar determinada conduta como criminosa; b) somente a lei pode prever a pena aplicável; c) a qualificação da conduta como criminosa e a cominação da pena aplicável devem ser feitas antes da ocorrência do fato. Ou seja, o princípio da legalidade se encontra diretamente ligado ao Estado Democrático de Direito, eis que assegura uma intervenção estatal legalizada e mínima².

Outra questão que merece ser esclarecida, desde logo, é a que diz respeito à reserva de lei. Diversos doutrinadores, equivocadamente, usam as expressões legalidade e reserva de lei como se fossem sinônimos e, na realidade, não o são. Quando se fala no princípio da legalidade, alude-se, de forma ampla e genérica, ao direito do indivíduo de só ser punido caso exista prévia tipificação do fato e previsão legal da pena. Ou seja, reporta-se a um princípio amplo e genérico, de respeito à lei dentro da esfera estabelecida pelo legislador.

A reserva legal, no entanto, remete a um conceito bem mais específico e delimitado. Ela alude, necessariamente, à regulamentação de determinadas matérias, exclusivamente, por meio de lei formal³.

2 KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 17 fev. 2005, p. 1: “A democratização das sociedades modernas gerou consequências, também, para o Direito Penal, exigindo-se que este ramo do Direito se assente em duas pilstras básicas: que sua intervenção seja legalizada e mínima”.

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 424: “A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva de lei. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de reserva relativa, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade”.

A reserva de lei subtrai de outras fontes, hierarquicamente inferiores, a disciplina de matéria determinada exclusivamente à lei formal. O que esse princípio tenta coibir é a intervenção livre e desmedida do Estado nas liberdades individuais. Busca-se, com isso, uma real e efetiva limitação do poder estatal. E, ainda, garante-se ao indivíduo segurança e certeza jurídica ao dar previsibilidade às consequências de seus atos.

Nesse sentido, cumpre notar que quando o Código Penal e a Constituição Federal se referem à *lei*, com vistas a assegurar o princípio da legalidade, falam em lei em sentido formal, isto é, ato emanado dos órgãos de representação popular e elaborado segundo o processo legislativo previsto na Constituição Federal⁴.

Outro desdobramento, não menos importante do princípio da legalidade, é o da determinação taxativa ou da taxatividade. Alberto Silva Franco⁵, ao citar Mario Spasari e Giuseppe Bettiol, explica que

O princípio da legalidade equivale à taxatividade da lei e exprime “a exigência de que o âmbito de aplicação da norma seja explicitamente delimitado por seu paradigma legislativo: numa palavra, o princípio acarreta a proibição da analogia” (SPASARI, Mario. *Diritto penale e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 2). “A proibição do procedimento analógico em matéria penal há que assinalar limites precisos. Recai sobre todas as normas incriminatórias e todas as que (mesmo eximentes) sejam verdadeiramente excepcionais. Quaisquer outras normas do Código Penal são suscetíveis de interpretação analógica” (Giuseppe Bettiol. *Idem*, p. 111).

Dessa forma, para que seja atendido o princípio da legalidade na atual Constituição, a lei deve ser escrita (*lex scripta*), popular (*lex populi*) – aprovada pelo Parlamento –, clara (*lex clara*), determinada (*lex determinata*), prévia (*lex praevia*) e, principalmente, certa. É a lei certa que homenageia o princípio da taxatividade.

Por meio desse princípio, entende-se que a lei não pode ser descrita de forma vaga, aberta ou lacunosa, nem pode deixar nas mãos dos juízes – ou de quem quer que seja – a definição do delito⁶.

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 790: “Através do conceito de *reserva de lei* (*vorbehalt dès gesetzes*), pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei (‘reservados à lei’). Esta ‘reserva de matérias’ significa, logicamente, que elas não devem ser reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diferentes da lei (exemplo: regulamentos). Ainda por outras palavras: existe reserva de lei quando a Constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas. A esta dimensão de reserva de lei acresce uma outra: a de o Poder Executivo carecer de um fundamento legal para desenvolver as suas actividades (reserva de lei como teoria da dependência do Executivo perante o Legislativo)”.

5 FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação* – Doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 54.

6 AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena* – Causas de aumento e diminuição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 26: “O princípio da legalidade traz como corolário o princípio da taxatividade, segundo o qual o tipo penal, o dispositivo que descreve o modelo de proibição, por conseguinte a norma a ele correspondente, há de ser completo na enunciação da conduta proibida ou devida e claro quanto aos extremos de licitude e de ilicitude do agir humano. Não apenas taxativa ao descrever a conduta delituosa, é

É a taxatividade um dos princípios que preserva a reserva legal, uma vez que protege os indivíduos de arbitrariedades judiciárias, afastando a discricionariedade do julgador e assegurando que o indivíduo só será processado diante de uma lei prévia, atual e certa.

Assim como se exige do Poder Judiciário uma interpretação restritiva, conforme a Constituição, o princípio da reserva legal impõe a máxima determinação dos tipos penais. Busca-se assegurar que o Poder Legislativo, quando da elaboração das leis, as redigirá com a máxima precisão, evitando tipos obscuros e amplos.

2 O PODER REGULAMENTAR

Importa observar, ainda, alguns aspectos do poder regulamentar do Estado frente ao princípio da legalidade. De plano, cumpre recordar que este poder é “faculdade constitucionalmente outorgada aos chefes do Poder Executivo [...], para a fiel execução das leis e para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração”⁷. Imperioso lembrar, ainda, que o Brasil não admite regulamento autônomo, estando todos eles sujeitos à reserva de lei.

Assim, fica claro que o poder regulamentar é limitado. Não é Poder Legislativo, portanto, não pode criar normatividade que inove na ordem jurídica. Ultrapassar tais limites torna o regulamento sem efeito, eis que este se vicia de abuso de poder e usurpação de competência.

É notório que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham novidade modificativa da ordem jurídico-formal, com a consequência de distinguir a competência legislativa da regulamentar. Apesar de existirem outras normas que completam o sentido da lei, somente estas criam ou extinguem obrigações, tanto positivas quanto negativas.

Conceder autonomia aos regulamentos ou permitir que eles tragam novidade para a ordem jurídica significa que a lei fica condicionada à sua existência. É o que ocorre, por exemplo, com a maioria das normas penais em branco (heterogêneas); se o regulamento não for editado ou se o regulamento existente for revogado, a lei perde a sua eficácia. Essa realidade fere diversos princípios constitucionais, tais quais o da autonomia da lei e o da acessoriedade dos regulamentos.

impositivo à norma que seja clara, definitivo para além de toda dúvida os limites e fronteiras do punível. O princípio da tipicidade em sua angulação político-garantidora interdita ao legislador a possibilidade de incriminações genéricas. O trabalho hermenêutico, como consequência, reduz-se em seus limites, sendo absolutamente vedada a analogia nos domínios do direito penal, senão *in bonam partem*. O princípio da legalidade, em sua vertente da taxatividade, está sujeito a limitações decorrentes muitas delas da própria matéria disciplinada pelo Direito”.

7 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 428.

Tem-se falado, ultimamente, em um novo entendimento do princípio da legalidade e, por vezes, até na sua supressão. Alguns defendem que, na realidade atual – na qual a variedade de fatos passíveis de punição é interminável –, para assegurar-se uma justiça efetiva, deve-se aumentar a discricionariedade punitiva. Só assim todos os fatos delituosos seriam alcançados.

Tentando desde já afastar esse posicionamento, cumpre lembrar a definição de crime apresentada por Garófalo e há muito superada: “Crime é a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, segundo a medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade”⁸.

Desse conceito resulta a seguinte interpretação: as leis escritas não conseguem acompanhar as condutas típicas que se reinventam e se modificam a todo o instante. Para Garófalo, conforme ensina Aníbal Bruno⁹, o crime

está sempre no indivíduo e é a revelação de uma natureza degenerada, quaisquer que sejam as causas, antigas ou recentes, dessa degeneração. Mas o criminoso típico, isto é, essa maneira de ser insuscetível de perfeita adaptação às normas da vida social, não resulta das anomalias orgânicas que a antropologia no sentido lombrosiano revela. O fundo do caráter criminoso é uma anomalia psíquica, uma anomalia moral.

Ou seja, é crime qualquer conduta que ofenda os princípios morais de uma determinada sociedade, estando eles previstos na lei, ou não. Sendo assim, condiciona-se a conduta típica à reação social.

Por certo que isso deveria estar ultrapassado. Primeiro, porque o que é moral para um pode parecer amoral ao outro. O mesmo se aplica ao que é justo ou injusto. Segundo, porque já restou comprovado que esse conceito varia no tempo; o crime não é uma constante ontológica, não é um mal em si mesmo, e sim uma construção social. Tal afirmação fica nítida quando tomamos o álcool e o cigarro como exemplos. São drogas legalizadas, apesar dos danos cientificamente comprovados que provocam à saúde. O poder econômico e de pressão que as indústrias detêm e exercem sobre os governos e sobre a sociedade, entretanto, mantêm tais produtos no mercado.

Não cabe aqui aprofundar tal discussão. Busca-se demonstrar apenas que a supressão do princípio da legalidade implicaria um retrocesso em conquistas que levaram séculos para serem alcançadas. Suprimi-lo em nome da técnica legislativa, para abranger um leque maior de delitos, seria, por fim, aceitar que Garófalo está (e sempre esteve) certo e que a discricionariedade pode conviver com o Estado Democrático de Direito.

8 Apud KIST, Dario José. Op. cit., p. 6.

9 BRUNO, Aníbal. Direito penal – Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 2003. p. 63.

Tem-se defendido, assim, o abandono do princípio como forma de proteger certos bens e “interesses coletivos” que a morosidade na Administração da justiça acaba comprometendo. Imperioso lembrar, ainda, que, com a supressão do princípio da legalidade ou mesmo com a sua flexibilização por meio de técnicas legislativas, não se voltaria apenas à concepção de crime defendida por Garófaló, mas aos regimes totalitários, responsáveis historicamente pelas maiores violações às garantias individuais.

Comungar da opinião de que, para alcançar mais condutas – cuja velocidade de criação supera a capacidade de resposta legislativa –, é necessário suprimir o referido princípio, o qual fere não somente a Constituição Federal, como também a própria razão que deve orientar aqueles que tratam da liberdade dos indivíduos e da coletividade¹⁰.

Sobre as normas penais em branco, cumpre esclarecer que estas são normas de preceito primário incompleto, ou seja, para que se possa entender o âmbito de aplicação da lei penal, é preciso que haja uma complementação. Esta pode ser feita por meio de leis, decretos e regulamentos que buscam complementar e se adequar à norma, sem os quais ela não pode ser devidamente aplicada.

Interessa distinguir, ainda, as normas penais em branco heterogêneas (ou em sentido estrito) e homogêneas (ou em sentido amplo). As normas penais em branco são homogêneas quando a sua complementação é feita por outra lei, ou seja, quando o seu complemento provém da mesma fonte legislativa que necessita do complemento.

Serão heterogêneas quando o seu complemento provém de fonte legislativa hierarquicamente inferior. Assim, o complemento à lei se dará por meio de portarias, regulamentos e decretos. Para saber se a norma penal em branco é homogênea ou heterogênea, portanto, é necessário conhecer a sua fonte de produção. Se for a mesma da norma que está sendo complementada, será homogênea; se diversa, heterogênea.

3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O poder político sempre resulta da correlação das forças sociais representadas no aparelho do Estado, forças estas que irão impor regras e limites para o conjunto da sociedade, resguardando, contudo, os seus interesses.

É esse poder político estatal que define a soberania do Estado, e dele decorrem três características: a unidade, a indivisibilidade e a indelegabilidade. Ele se desdobra em três funções principais: a legislativa, a jurisdicional e a executiva.

10 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimaraes. São Paulo: Martins Claret, 2001. p. 11. Ou, segundo o mesmo autor, os homens “[...] deveriam tremer ao decidir da vida e da sorte de seus concidadãos”.

A função legislativa é aquela que autoriza a formulação de normas gerais pelo Estado, que buscam, de maneira preventiva, alertar o grupo social das condutas observadas pela lei. É a que traz inovação para a ordem jurídico-formal. A função jurisdicional busca aplicar a lei ao caso concreto. Já a função executiva tem caráter político, não só executa as leis como possui funções de governo e administrativas.

Importa observar que a distinção existente entre as funções não quer significar divisão de poderes. A distinção entre as funções sempre existirá, mesmo que todas elas se concentrem na mão de um único poder. Ou, como ocorre no Brasil, por exemplo, entrega-se cada função a um órgão competente, ou seja, ao órgão Legislativo, Judiciário e Executivo, caracterizando-se, assim, a divisão de Poderes.

Conforme ensina José Afonso da Silva¹¹, a divisão dos Poderes justifica-se em dois elementos, quais sejam: a) na especialização funcional; e b) na independência orgânica, o que pressupõe a independência dos órgãos entre si e a inexistência de subordinação entre eles.

A Câmara dos Deputados é formada por representantes do povo, eleitos em cada Estado e no Distrito Federal por meio do sistema proporcional. Observe-se que mesmo havendo uma grande disparidade entre a real vontade do povo e a verdadeira composição da Câmara, é o povo – a sociedade – que escolhe os seus representantes. É ele que outorga poder aos parlamentares para que as decisões e as novas leis sejam criadas em seu nome. Aqui, lembra-se do contrato social de Rousseau e isso será de grande valia no decorrer do presente estudo.

O Senado Federal funciona como câmara representativa dos Estados federados; os senadores são eleitos pelo sistema majoritário e, novamente, vale frisar, pelo povo, na expectativa de uma representação fiel da sua vontade. É importante salientar que apesar da insatisfação geral da população com os diversos governos do País, quando os eleitores vão às urnas eleger novos deputados, senadores e representantes em geral, passam uma procuração para que eles os representem. E essa procuração é personalíssima, não pode ser delegada a mais ninguém. Não pode ser transferida a outro poder.

Conforme ensina José Afonso da Silva¹², por processo legislativo pode-se entender o conjunto de atos – iniciativa, emenda, votação, sanção e veto – realizado pelos órgãos legislativos, visando à formação de normas constitucionais, leis complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos.

A iniciativa legislativa consiste no direito que se outorga a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo. As emendas cons-

11 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 113.

12 Idem, p. 525.

tituem proposições apresentadas em complementação à lei, ou seja, sugerem modificações ao projeto de lei apresentado. Após essas etapas, ocorre a votação, que é ato coletivo das Casas do Congresso. É ato de decisão que ocorre após o estudo e a emissão de pareceres das comissões técnicas e dos debates em Plenário. Dependendo da matéria, exige-se maioria simples ou maioria de três quintos para aprovação dos projetos propostos.

Após a votação, sucede a sanção ou o veto, atos legislativos de competência exclusiva do Presidente da República. A sanção é a adesão do Chefe do Poder Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. Já o veto é a forma do Chefe do Executivo manifestar que acredita ser o projeto inconstitucional ou contrário ao interesse público.

Por meio de promulgação, comunica-se aos destinatários da lei que ela foi criada e que possui aquele conteúdo. A publicação da lei constitui instrumento pelo qual se transmite a promulgação aos destinatários da lei.

Essas etapas foram expostas no intuito de demonstrar a existência de todo um processo para que as leis sejam criadas no Brasil. Em suma, para que haja novidade modificativa da ordem jurídica, é imprescindível que os representantes populares tenham feito um estudo detalhado do novo diploma legal. Ou, pelo menos, assim deveria ser para assegurar o princípio da legalidade insculpido na Carta Política vigente.

Ocorre que, atualmente, o Poder Executivo tem participado da elaboração das leis de diversas maneiras: ou ele intervém em uma das fases do procedimento de elaboração da lei ou exerce ele mesmo o papel de elaborar o ato normativo (dotado ou não de força de lei)¹³; e, ainda, pela complementação das normas penais em branco que, segundo buscar-se-á demonstrar, é procedimento inconstitucional em matéria penal.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO FRENTE AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

No direito penal brasileiro, apenas o Poder Legislativo tem competência para criar regras que contenham novidade modificativa da ordem jurídica. Alguns doutrinadores, no entanto, entendem que o Poder Legislativo não está apto a exercer a sua atividade na sociedade atual, já que esta demanda, em grande medida, tecnicismo. Dessa forma, caberia ao Parlamento legislar menos e controlar mais os atos e os órgãos do governo. Em sentido oposto, por sua adequação e relevância, cumpre trazer à colação os ensinamentos de Carlos Roberto de Siqueira Castro¹⁴:

13 CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 99.

14 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 31.

[...] onde o Parlamento não legisla ou participa decisivamente da legiferação, também não controla nem fiscaliza os atos de governo, considerando-se que a atividade de controle e fiscalização é apanágio ou poder implícito à competência de legislar. [...] *desse modo, não se pretenda, de forma pueril a pretexto de instrumentalizar a atuação dos órgãos do Poder Executivo, amputar do Parlamento a função de intervir conclusivamente no processo de formação das normas jurídicas, pois tal importa sempre, e em particular no sistema presidencialista, em abrir as porteiras para o galope da tirania e do abuso de poder. Nem se pense, também, que a morosidade, que é própria do processo de deliberação parlamentar, seja óbice à consecução do Governo moderno, marcado pelo dinamismo e pelo influxo do modelo empresarial.* O fundamental é que o Parlamento e a Administração se entrossem em estreita colaboração para o atingimento dos fins do Estado a que um e outro devem servir.

Repise-se que a criação de novas leis atende a um processo previsto na Constituição Federal e depende de aprovação nas duas Casas do Congresso Nacional e dos representantes escolhidos para ditar quais as condutas que serão criminalizadas.

Ou seja, a reserva de lei é absoluta, uma vez que a Carta Magna dispõe que apenas a lei – frise-se: lei em sentido formal – pode tratar do direito penal, afastando qualquer fonte infralegal.

Nilo Batista¹⁵, referindo-se à reserva absoluta de lei, assegura:

A ideia de “reserva absoluta” arranca a proposição de que “a intervenção repressiva em matéria penal seja sempre o produto da dialética democrática no seio do Parlamento”, pois quando se trata de equilibrar os valores da segurança pública face à liberdade individual, deve considerar-se que “o procedimento legislativo, mesmo com suas imperfeições e lentidão, é ainda o mais idôneo para garantir tais bens”.

O que ocorre com a incidência das leis penais em branco heterogêneas é que, como dependem de complemento normativo para a sua exata compreensão, acabam delegando a competência do legislador ao Poder Executivo e permitem que sejam criadas novas condutas típicas (novos delitos) por simples ato administrativo. Exemplo disso é a portaria da Anvisa, que dispõe quais as substâncias são entorpecentes e psicotrópicas e, por conseguinte, acaba por definir as condutas de tráfico e consumo de drogas no País¹⁶.

15 BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, n. 35, p. 56, 1983.

16 Existem outros dispositivos legais que também remetem as normas penais em branco heterogêneas, entre eles: 1) o inciso VI do art. 2º da Lei nº 1.521/1951, que criminaliza a transgressão de tabelas oficiais de gêneros e mercadorias ou de serviços essenciais, aprovadas por órgãos oficiais, e que se completa com a expedição (baseada no poder de polícia) de portarias ou editais administrativos; 2) o art. 268 do Código Penal, pelo qual define-se a figura delituosa da infração de medida sanitária preventiva da seguinte forma: “Infringir determinação do Poder Público, destinada a impedir a propagação de doença contagiosa”. Seu complemento se concretiza nas determinações do Poder Público mediante editais ou portarias, oficialmente publicados, pelos Poder Público estatal e até mesmo municipal; 3) o art. 269, que pune o fato de “deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”, que são determinadas por meio de regulamentos, entre outros.

Tal questão fica clara ao se analisar o debate estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* nº 86.215/RJ¹⁷, que, ao verificar a natureza da substância apreendida, debateu a própria tipicidade da conduta (de associação para o tráfico de entorpecentes), em razão do local em que estava listada a suposta substância entorpecente na portaria da Anvisa.

A ordem acabou sendo denegada, ao argumento de que é inviável, nos estreitos limites do *habeas corpus*, definir se a cetamina causa dependência química. Entendimento, s.m.j., equivocado, já que o fato de a substância não constar na portaria da Anvisa como substância que provoca dependência – ato normativo indicado pela norma penal em branco para esse fim – acarreta a atipicidade da conduta. Nesse sentido, por sua clareza e adequação, importa transcrever trecho do voto do em. Ministro Nilson Naves no acórdão citado, que assegura:

Já de acordo com a lei nova – nº 11.343, de 2006 –, dúvida não há, ao menos segundo as letras do parágrafo único do art. 1º: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Veja-se: “[...] consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência [...]”.

Ora, existe aqui laudo consoante o qual “a cetamina encontra-se relacionada na Lista C1 – Lista das outras substâncias sujeitas a controle especial (sujeitas à receita de controle especial em duas vias), constante na Resolução RDC nº 202, de 01.11.2006, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em conformidade com a Portaria nº 344-SVS/MS, de 12.05.1998, republicada no DOU, em 01.02.1999. De acordo com a Portaria supracitada, esta substância não é considerada capaz de causar dependência física e psíquica”.

Em suma: “De acordo com a Portaria supracitada, esta substância não é considerada capaz de causar dependência física e psíquica”.

Então, falta tipicidade ao fato de que estamos aqui cuidando. Quero crer, por isso, assistir razão ao impetrante [...]. (grifo nosso)

Conforme dito anteriormente, não se discute se isso traz maior rapidez e alcança mais condutas. O que se propõe neste trabalho é demonstrar que essa técnica legislativa é inconstitucional. Ultrapassar os limites da reserva absoluta de lei, da competência exclusiva do Legislativo, para trazer inovação jurídica, fere o Texto Maior. A inconstitucionalidade existe mesmo que a intenção seja nobre, como é, para alguns, sancionar rapidamente novas práticas desviantes.

17 “DIREITO PENAL – HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – LEI Nº 11.343/2006 – ATIPICIDADE DA CONDUTA – CETAMINA – (1) SUBSTÂNCIA QUE NÃO CAUSA DEPENDÊNCIA QUÍMICA – VERIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – (2) NORMA PENAL EM BRANCO – LISTA DE SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS – ART. 66 DA LEI Nº 11.343/2006 – 1. É inviável, nos estreitos limites do *habeas corpus*, definir se a cetamina causa ou não dependência química. 2. De acordo com art. 66 da Lei nº 11.343/2006, ampliou-se o rol de substâncias abarcadas pela criminalidade de tóxicos, incluindo-se aquelas sob controle especial. A verificação da inserção da cetamina no referido elenco e, via de consequência, da tipicidade do comportamento, deve ser destinada ao juízo ordinário. 3. Ordem denegada.” (6ª T., Relª Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 08.09.2008)

Sobre o tema, é necessário mencionar a irretocável lição de Alberto Silva Franco, que ensina¹⁸:

De nada valerá o reconhecimento, inclusive em nível constitucional, do princípio da legalidade, se o legislador produzir normas penais de conteúdo vago ou indefinido. É evidente, assim, que a técnica utilizada por ele na composição dos tipos penais assume uma importância capital para o sincero respeito ao princípio da legalidade. Como acentuou Rodriguez Mourullo, “pouco importa que se proclame programaticamente o princípio da legalidade, se depois não se determinam, com precisão e certeza, em distintas disposições legais, os pressupostos e as consequências. Sem esta segura determinação, o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* fica despojado de todo significado” (Principio de legalidad. In: *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona: Editorial Francisco Seix, t. XIV, 1971. p. 889).

Com a introdução de cláusulas gerais, o princípio da legalidade ficaria reduzido a uma pura afirmação farisaica, proclamada só de boca, posto que não atenderia aos ideais de segurança jurídica e de clareza, postulados próprios de um Estado de Direito. Aliás, tal técnica é incompatível com um Estado desta ordem. “O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo de delito apareça descrito na própria lei de um modo exaustivo. Quer dizer, exige que a lei emanada do Parlamento descreva, mediante a indicação dos diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição, a fim de que os limites entre o lícito ou o ilícito não fiquem à mercê da decisão judicial. Do contrário, o legislador nada mais faria do que transferir sua missão ao juiz, sobrecarregando-o com tarefas que não lhe incumbem, por serem próprias do Poder Legislativo. Uma transferência dessa índole pressuporia não apenas uma transgressão evidente ao princípio da legalidade, senão, também, como adverte Baumann, uma grave contradição ao princípio da separação dos Poderes, característico do Estado de Direito” (*Idem*, p. 889).

Não mais se irá discutir a inovação jurídica que trazem as normas penais em branco heterogêneas. É unânime na doutrina que elas criminalizam novas condutas sociais. Mesmo os doutrinadores que defendem a sua constitucionalidade reconhecem esse ponto. Eles apenas acreditam que a técnica legislativa é válida para que o direito tenha mais utilidade e seja um complexo moderno, efetivo, evolutivo, entre outros¹⁹.

18 FRANCO, Alberto Silva et al. Op. cit., p. 55.

19 MOURA, Grégore Moreira de. Reflexões sobre a norma penal em branco e o princípio da legalidade. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 5 out. 2004, p. 4. “Assim, tendo em vista os princípios do meio-termo [?] e da proporcionalidade, sem querer fugir da questão proposta no início deste trabalho, não podemos dar uma resposta definitiva e categórica, já que demanda uma análise do caso concreto. Desta feita, desde que haja necessidade, seja adequado e proporcional, o legislador poderá usar da ‘técnica’ (se é que podemos assim chamar) da norma penal em branco, para dar azo ao direito de punir do Estado, contanto que não abuse deste Direito e não afronte o direito de liberdade do cidadão [?] conquistado a duras penas ao longo dos tempos. É o velho dilema que se perfaz em todo o direito: justiça x utilidade. O jurista, às vezes, diminui o âmbito de aplicação da justiça para prezar a utilidade; outras, valora a utilidade como mais importante, reduzindo a aplicação da justiça [sic], utilizando-se do critério da elasticidade. Por conseguinte, no que tange à norma penal em branco, a mim me parece [sic] que devemos diminuir o âmbito de aplicação da justiça (criar-se um crime ou dar-se uma pena a cada um, só se previsto em lei formal e estrita), para, em contrapartida, aumentar o âmbito de aplicação da utilidade (um Direito Penal moderno, efetivo, evolutivo e ao mesmo tempo estável, condicionado e sendo condicionado pela sociedade), demonstrando a sua verdadeira função de instrumento de controle social”.

Grégore de Moura²⁰ enaltece o uso das normas penais em branco heterogêneas como técnica legislativa e defende a sua utilidade, mostrando diversas razões para que elas sejam consideradas inconstitucionais. Pela sua relevância, cumpre trazer à colação o seguinte trecho:

[...] fere-se o princípio da legalidade estrita, pois permite que decretos, portarias, entre outros, instituem crimes e cominem penas; abre uma enorme margem de discricionariedade para o Poder Executivo, o qual já comprovou o seu descaso em relação aos direitos fundamentais do cidadão (vale ressaltar que, na maioria das vezes, é o responsável pelo complemento das normas penais em branco); o Poder Executivo é altamente suscetível às pressões políticas, bem como às pressões da opinião pública, o que gera normas atécnicas; abrem margem à criação de um Direito Penal de exceção; geram insegurança jurídica no cidadão, pois se já é difícil para o destinatário da norma penal conhecer a lei penal, ainda mais difícil se torna o conhecimento de decretos, portarias, etc.

Mesmo depois de todos esses argumentos e de sustentar que se fere o princípio da legalidade estrita – que deve vigorar no direito penal –, o autor, sustentando alguns pontos positivos do uso das normas penais em branco²¹, acaba por ter como mais importante sua utilidade, e não a inconstitucionalidade de tais regras jurídicas. Um equívoco comum, mas muito grave em um País onde o Tribunal Constitucional existe para proteger a Constituição Federal e proibir que seus princípios – e o da legalidade um dos mais basilares – sejam atacados, suprimidos e mitigados.

Não se pode esquecer que, para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, não se leva em consideração (ou ao menos não se deve) a utilidade maior ou menor de tal vício, e sim os fatos concretos, a ocorrência ou não de defeitos que tornam uma lei inconstitucional.

Por fim, assegura o autor que é necessário que o jurista algumas vezes diminua o âmbito de aplicação da justiça para prezar a utilidade. Em outras, deve valorar a justiça como mais importante. Ora, de forma alguma essa argumentação merece prosperar. A dicotomia justiça x utilidade não faz com que a norma deixe de ser inconstitucional.

Diversos são os aplicadores do Direito que pensam dessa maneira. Luciano Anderson de Souza²² justifica, com base nas mesmas premissas, a aplicação das normas penais em branco heterogêneas. Ou seja, entende que elas são cons-

20 Idem, p. 3.

21 Idem, p. 4. “Os argumentos a favor da utilização das normas penais em branco, resumidamente, são: decorrem do caráter sancionador do Direito Penal [?]; faz-se necessária em virtude da interdisciplinaridade do Direito; permite equacionar o binômio – estabilidade x evolução do Direito, dando maior efetividade e utilidade à norma penal; evita-se a inflação legislativa; mantém-se o caráter de generalidade e abstratividade da norma penal, dentre outros”.

22 SOUZA, Luciano Anderson de. O princípio da reserva legal. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 5 out. 2004, p. 3.

titucionais, uma vez que não é possível ao legislador prever todas as situações fáticas aplicáveis e que a vantagem em tal postura residiria na maior facilidade na alteração da realidade normativa em meio à dinamicidade social.

Importa observar que também o autor citado anteriormente justifica a constitucionalidade das normas penais em branco, assegurando que não é possível ao legislador prever todas as situações fáticas aplicáveis, no entanto isso não justifica a criação de novas figuras típicas pelo Poder Executivo.

O fato de o legislador não conseguir prever todos os fatos concretos não o autoriza a delegar essa competência (exclusiva) a outro Poder. Mais uma vez, e devido à sua importância, repita-se: a legalidade penal impõe reserva absoluta de lei.

No Processo nº 001.20030063430²³, Francisco Antunes Batista, tratando da regulamentação dos concursos públicos por meio de resoluções de órgãos do Poder Executivo, para justificar, na sentença, a sua posição, argumenta: “Na hipótese de se admitir a criação de requisitos para concurso público por simples resolução, estaríamos, na verdade, ratificando uma alegação disfarçada e inconstitucional, violando frontalmente o princípio da legalidade”.

Ora, por que será que quando se trata de editais para concursos públicos, matéria mais simples, que não envolve um dos maiores bens jurídicos protegidos pela Constituição²⁴, declara-se a inconstitucionalidade de tal procedimento e não se faz o mesmo em matéria penal²⁵? Justo quando esse posicionamento deveria ser adotado com mais rigor, já que atinge diretamente o direito de ir e vir dos indivíduos.

Importa lembrar que não se discute a maior ou menor gravidade dos crimes, o menor ou maior lucro que eles podem proporcionar, a maior ou

23 Processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

24 AZEVEDO, David Teixeira de. Op. cit., p. 39. “O direito penal, por outro lado, não deve preocupar-se com bem jurídico de modesto significado para o corpo social e para o desenvolvimento da personalidade humana nem com todas as condutas que o lesem. Sua dedicação é seletiva, cercando com proteção os bens jurídicos essenciais: uma vez eleitos, punem-se as condutas que os lesem gravemente ou os ponham sob efetivo risco de lesão. O custo-benefício da pena e a eleição de bem jurídico representam uma preocupação fundamental da política criminal, em busca de formas e estratégias de combate à criminalidade. [...] O bem jurídico põe-se extrassistematicamente como orientador e limitador do trabalho legislativo, condicionando e conformando a legislação criminal, dando o perfil ideológico do Direito do Estado e desse próprio Estado. Um direito penal voltado à proteção de bens jurídicos, e não à tutela de bens transcendentais de natureza moral, religiosa ou ideológica, de respeito à dignidade da pessoa humana como centro e valor fundante de todo o ordenamento, é a chance de um Estado de Direito material, de cariz democrático”.

25 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 801. Canotilho também defende a reserva de lei formal para relações nas escolas e outros direitos “mais simples”, o que serve para corroborar a tese de que, em se tratando da liberdade dos cidadãos, esse controle deve ser ainda mais rígido. Vejamos: “Deverá exigir-se um inequívoco fundamento constitucional-legal, sempre que se trate de limitação dos direitos fundamentais (exemplo: a restrição do segredo de correspondência dos presos, a limitação do direito de reunião de militares). Mas, para além disso, nas instituições em que se imponha uma vinculação mais profunda dos cidadãos, esta vinculação deve ser definida, nos seus aspectos essenciais, por lei (*wesentlichkeitstheorie*). Assim, por exemplo, as relações nas escolas (os processos disciplinares, a seleção de docentes, a expulsão de alunos, a semana de cinco dias) são pontos que, nos aspectos essenciais, devem ser definidos por lei”.

menor segurança jurídica. O cerne do presente debate é a constitucionalidade de normas penais em branco heterogêneas. Discute-se se elas amoldam-se ou não aos princípios resguardados pela Constituição Federal. É isso o que aqui se discute.

Trata-se de um tema que influi diretamente em um dos maiores bens de cada cidadão: a sua liberdade. E cuida-se, ainda, da forma arbitrária em que ela está sendo usurpada de cada um.

Cumpra trazer à baila a lição de alguns doutrinadores que sustentam a inconstitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas (ou em sentido estrito). Nesse sentido, André Copetti²⁶:

Já havendo uma inflação penal desmedida que torna impossível o conhecimento, pela população, das condutas consideradas ilícitas, a situação criada pelas normas penais em branco, que transferem basicamente à esfera administrativa a atribuição de regulamentar a extensão dos tipos penais, torna-se ainda mais agravada. Não concordamos com a despreocupação de Soler quanto à não existência de qualquer função repressiva na regulamentação administrativa das normas penais em branco. Para o penalista argentino, a lei penal em branco, que defere a outro a fixação de determinadas condições, não é nunca uma carta branca outorgada a esse poder para que assuma funções repressivas, e sim o reconhecimento de uma faculdade meramente regulamentar. Ora, se não há uma transferência da função repressiva, no mínimo existe um deslocamento da complementação da norma penal, a ser feita através de uma outra espécie legislativa que não a lei, o que viola o princípio da reserva legal. Por outro lado, há um aumento significativo da extensão do enunciado da norma penal, em instrumentos normativos de difícil acesso aos destinatários do sistema normativo, pois os regulamentos, portarias ou editais administrativos são praticamente desconhecidos dos cidadãos, o que, sem dúvida alguma, enfraquece substancialmente a função de garantia dos tipos penais.

Da mesma forma, Paulo Queiroz²⁷:

Temos que as leis penais em branco que remetem o complemento a norma inferior são inconstitucionais, por implicarem clara violação do princípio da reserva legal e da divisão de Poderes.

Com efeito, tomemos como referência o tráfico ilícito de entorpecentes.

[...] No entanto, quando a lei permite que o “núcleo essencial da proibição” seja completado por simples ato administrativo, é o Poder Executivo quem dirá, em última análise, o que constitui, ou não, tráfico ilícito de entorpecentes; afinal, é ele que, um tanto arbitrariamente, discriminará as substâncias entorpecentes capazes de determinar dependência física ou psíquica e que, por isso, devem constar do rol do núcleo essencial da proibição.

26 COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 182.

27 QUEIROZ, Paulo. *Direito penal – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31-32; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: 2004. p. 26-27.

Caberia indagar, então: quem, entre nós, define, realmente, o que é “tráfico de entorpecentes”? Por óbvio que não é o Poder Legislativo, mas o Poder Executivo, mais exatamente o Ministério da Saúde, que se utiliza, para tanto, de simples portaria, decretando, dentro do vastíssimo universo das drogas, as que devem ser consideradas ilícitas, proscrevendo-as. Enfim, quanto ao assunto drogas ilícitas, quem legisla sobre matéria penal é, em última instância, o próprio Ministério da Saúde, o Poder Executivo, mesmo porque a lei penal em branco era, até então, simplesmente, uma “alma errante em busca de um corpo” (*binding*), e, portanto, carente de autoaplicação, ante a manifesta imprecisão de seus termos e consequente necessidade de complementação. Até então, enfim, a lei penal era uma espécie de cheque em branco emitido em favor do Executivo.

Semelhante ato viola, por conseguinte, a um tempo, ainda que oblíqua e sutilmente, o princípio da reserva legal, por tolerar que simples portaria emanada do Poder Executivo possa dispor sobre matéria penal, criminalizando uma dada conduta, bem como o princípio da divisão de Poderes, já que é aquele poder, e não o Legislativo, que acaba legislando em um tal caso.

A lição de Nilo Batista, Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar²⁸ é no mesmo sentido:

Além desses problemas de difícil solução, não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, ao passo que quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes; hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco, o legislador penal está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do Poder Executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, própria do Estado de Direito.

A lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal e, além disso, abriu as portas para a analogia e para a aplicação retroativa, motivos suficientes para considerá-la inconstitucional. Se se acrescentar a isso o fato de que ela representa hoje uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do Poder Legislativo e que rompe a cláusula de *ultima ratio*, parece não haver muita coisa que discutir a seu respeito. O argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua inconstitucionalidade, ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal: não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva; por outro lado, essa é precisamente a irrenunciável

28 BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, 2003. p. 205-206.

função constitucional do legislador. As únicas leis penais em branco cuja constitucionalidade é tolerável são as chamadas impróprias, ou seja, as que remetem a outra norma emanada da mesma fonte (complementação homóloga). Tal reenvio pode ser interno (quanto a outra disposição da própria lei) ou externo (quanto a outra lei de hierarquia idêntica ou superior – lei complementar ou a própria Constituição). Fala-se, no primeiro caso, de complementação homóloga homovitelina e, no segundo caso, de complementação homóloga heterovitelina. Essas leis serão constitucionais à medida que o complexo resultante de ambas as normas não violar algum dos demais princípios limitadores a que estamos nos referindo, em especial o de estrita legalidade, de proscrição da analogia, de não retroatividade, etc.

Seguem no mesmo trilha Rogério Greco²⁹, Pablo Aflen³⁰ e Munõz Conde³¹.

Importa ressaltar que a criação diária de novas leis para inibir novos *delitos* só serve para deixar o Estado cada vez mais desacreditado.

Não há como ignorar a inconstitucionalidade das normas penais em branco. Os argumentos para justificá-la são inúmeros. É preciso apenas desprendimento e ousadia para dizer, por exemplo, que a lei que trata do tráfico de substâncias entorpecentes tem artigos inconstitucionais, entre eles os que regulam o consumo e o tráfico de drogas.

29 GRECO, Rogério. Op. cit., p. 26-27: “[...] A questão que se coloca, agora, é a seguinte: como o complemento da norma penal em branco heterogênea pode ser oriundo de outra fonte que não a lei em sentido estrito, esta espécie de norma penal ofenderia o princípio da legalidade? Entendemos que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle exercido pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos”.

30 SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 140-141. Apesar de defender a inconstitucionalidade das normas penais em branco quando há delegação de competência a outro Poder, o autor entende que essa delegação só ocorre quando se atribui poder para determinar quais as condutas cometidas devem ser punidas e não quando há a individualização da matéria de proibição por outra esfera de poder, vejamos: “Este problema deve resolver-se dentro do próprio sistema constitucional, pois as leis penais em branco *não são consideradas inconstitucionais*, desde que a sua estrutura venha imposta pela divisão de Poderes do Estado, ou seja, sempre e quando o uso da técnica das leis penais em branco não implique uma delegação de poderes, o que ocorre quando se atribui a dispositivo de categoria inferior tão só a individualização da matéria de proibição, ficando, portanto, dentro do marco estabelecido pela lei, que, por sua vez, deve estar estabelecido de maneira suficiente em decorrência da exigência de *lex certa*. O contrário, ou seja, a ocorrência de delegação, dar-se-ia, por exemplo, na hipótese de uma lei penal em branco atribuir ao Poder Executivo poderes para estabelecer quais as condutas cometidas que devem ser punidas, e não só a individualização da matéria de proibição, portanto, nesta situação, haveria uma delegação de poderes vedada constitucionalmente”.

31 CONDE, Francisco Munõz. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Argentina: BdeF Ltda., 2001. p. 52-56: “Por outro lado, a norma penal em branco supõe, muitas vezes, uma infração ao princípio da legalidade e da divisão dos poderes estatais que lhe servem de base, ao permitir que o caráter delitivo de uma conduta possa ser determinado por uma autoridade que, constitucionalmente, não está legitimada para tanto. [...] A determinação do suposto fato por normas de caráter não penal pode produzir discordâncias e confusões a que se anteriormente fez referência; mas o verdadeiro perigo para a segurança jurídica e para as garantias dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal é que se conceda a autoridade política ou administrativa, através da remissão a ordens e regulamentos que encontrem nas normas penais em branco, a faculdade de determinar o âmbito de proibição penal”.

Novamente, nesse caso, cabe aos aplicadores do Direito afastar o clamor público. Da mesma forma que ele é afastado em decisões para conceder o relaxamento de prisão, a liberdade provisória, deve-se afastá-lo aqui. Se ninguém pode ter a prisão preventiva decretada ou mantida e justificada com base no clamor público, com mais razão não se pode manter leis inconstitucionais como se constitucionais fossem, apenas por pressão *popular*.

Retomando o processo que trata da regulamentação dos concursos públicos, a sentença dispõe: “Assim, considerando que a exigência referida, constante do edital, é ilegal já que não se baseia em lei, e sim em resolução, deve a segurança ser concedida, já que os impetrantes têm direito líquido e certo de participar do certame”³².

Cumpre trazer à colação o art. 37, inciso II, da Constituição Federal:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Em suma, essa é uma norma em branco homogênea, que pede complementação de uma norma da mesma hierarquia. É inconstitucional, portanto, complementá-la com uma norma inferior. Mas porque o provimento para cargo ou emprego público se protege – e se afasta a aplicação das normas penais em branco heterogêneas – e na esfera penal ela é aceita?

Nem mesmo na esfera administrativa se admite que surja inovação jurídica por meio de regulamentos, resoluções e portarias. Então por que isso é permitido e aceito como técnica legislativa na esfera penal³³?

32 TRF 1ª R., Processo nº 001.20030063430, Rel. Francisco Antunes Batista.

33 No mesmo sentido do julgado anterior, precedente do Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – CONCURSO PÚBLICO – JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO – REQUISITOS – IMPOSIÇÃO VIA ATO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – Exurgindo a relevância jurídica do tema, bem como o risco de serem mantidos com plena eficácia os dispositivos atacados, impõem-se a concessão de liminar. Isto ocorre no que previstos, em resolução administrativa do Tribunal Superior do Trabalho, requisitos para acesso ao cargo de juiz estranhos à ordem jurídica. ‘Apenas a lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) pode estabelecer requisitos que condicionem ingresso no serviço público. As restrições e exigências que emanam de ato administrativo de caráter infralegal revestem-se de inconstitucionalidade’ (José Celso de Mello Filho em *Constituição federal anotada*). Incompatibilidade da imposição de tempo de prática forense e de graduação no curso de Direito, ao primeiro exame, com a ordem constitucional.” (ADIn 1188 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.04.1995)

Argumentar que o complemento pelas normas penais em branco não traz inovação para a ordem jurídica é tentar contrariar a lógica, o óbvio. Ora, se a partir de hoje o álcool for considerado uma substância entorpecente pela Anvisa, estar-se-á criando uma nova figura típica, criminalizando uma nova conduta. Por fim, trazendo inovação para a ordem jurídica.

Não é difícil notar que a atuação do Poder Executivo na esfera legislativa possui limites legais no Estado Democrático de Direito. É assim porque a discricionariedade que confere autonomia a algumas entidades públicas, para a regulamentação de determinados assuntos, não é um cheque em branco dado aos administradores, legitimando-os a causar lesões irreversíveis aos indivíduos³⁴.

Conforme dito, na Constituição Federal, a reserva de lei é absoluta, ou seja, também proíbe a regulamentação de condutas típicas criminais por meio de portarias e resoluções. O princípio da legalidade afasta essa possibilidade. Falta aos Magistrados, aos doutrinadores, aos juristas e a nós, os aplicadores do Direito, também afastar essa *técnica legislativa*.

Cumprido, por fim, trazer à colação as soluções apresentadas por Paulo Queiroz³⁵ e André Copetti³⁶, respectivamente, ao problema proposto no presente trabalho:

O primeiro obstáculo poderá ser superado com a edição de lei, pelo Congresso Nacional, declaratória das drogas ilícitas, ainda que meramente homologatória de proposta (portaria) do Ministério da Saúde; o segundo, com a redação de tipos penais com a máxima precisão de seus elementos constitutivos, conforme o princípio da taxatividade. Em isso não ocorrendo, estaremos tolerando mais uma violação ao princípio da reserva legal, entre tantas violações que o silêncio ou conveniência vai perpetuando.

Por último, quanto à circunstância de a matéria objeto da remissão ser, ordinariamente, cambiante, o que a justificaria, temos que a mutabilidade e a incerteza que a cerca justificam, em verdade, o contrário: que não deveria ser objeto de criminalização ou que somente o fosse depois de profunda discussão sobre o assunto, motivo pelo qual, também por essa razão, sobre ela deveria manifestar-se, previamente, o Poder Legislativo, seja para aprovar, seja para rejeitar.

34 GRECO, Rogério. Op. cit., p. 27. Sobre a inconstitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas, Rogério Greco assegura: "Entendemos que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle exercido pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contra-pesos [sic]".

35 QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 32.

36 COPETTI, André. Op. cit., p. 182.

Diante dessa situação, impõe-se, na medida do possível, uma das seguintes soluções:

- a) o afastamento dessas normas do sistema;
- b) a inserção do conteúdo dos regulamentos no corpo do próprio dispositivo ou como anexo da própria lei de forma taxativa, como forma de atendimento aos critérios garantistas da reserva legal e da determinação taxativa;
- c) em última instância, no mínimo deve haver uma política legislativa que oriente no sentido da não utilização deste tipo de normas.

Inferre-se, dessa maneira, que diversas soluções são propostas para que se permita afastar a utilização das normas penais em branco heterogêneas como técnica legislativa em matéria penal, desde uma política educativa, no sentido da sua não utilização, até a edição de lei pelo Congresso Nacional – mesmo que meramente declaratória de portaria e/ou regulamento dos órgãos tecnicamente “aptos” para tanto.

CONCLUSÃO

Depreende-se, pelo presente trabalho, que o garantismo se apresenta, atualmente, como um meio de justificação do Direito, que busca assegurar as garantias e os direitos fundamentais do cidadão. Por seus axiomas, busca garantir o estrito cumprimento dos dispositivos constitucionais.

Vislumbra-se, ainda, que a interpretação no Direito Penal deve estar sempre atenta à Carta Política do País, uma vez que é ela que limita o poder repressivo estatal e assegura um Estado Democrático de Direito.

Ao se analisar o princípio da legalidade, pôde-se concluir que a Constituição brasileira, em matéria penal, possui reserva absoluta de lei. Isso significa dizer que apenas a lei em sentido formal, ou seja, apenas aquela lei aprovada pelo Parlamento, que obedeceu ao devido processo legislativo, pode trazer inovação para a ordem jurídico-penal.

Observa-se também que o poder regulamentar no Brasil é limitado e a Constituição atual não permite regulamentos autônomos. Vale lembrar, ainda, que a lei não pode depender de complementos para a sua vigência.

Diante do exposto, resta que a supressão ou mesmo a mitigação do princípio da legalidade, em seus sentidos estrito e de mera legalidade, violam o princípio constitucional e ferem a liberdade e os direitos fundamentais.

Por todo o exposto, fácil concluir que as normas penais em branco heterogêneas (ou em sentido estrito), por receberem complementação de fontes hierarquicamente inferiores e por acabarem determinando novas condutas delituosas, ou seja, trazendo inovação para a ordem jurídica, violam o princípio da legalidade.

Quem legisla quando ocorre a complementação de tipos penais pelas normas penais em branco é o Poder Executivo, por meio de portarias e regulamentos. O Legislativo, nesses casos, acaba por delegar uma competência sua a outro órgão. Essa prática (ou técnica legislativa – como preferem chamar alguns) não seria tão grave se não lidasse com a liberdade dos indivíduos. Ocorre que, com a utilização de tal técnica, viola-se o princípio da legalidade, princípio esse que se encontra explicitamente previsto na Constituição.

Finalmente, para a garantia dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Política brasileira, necessária se faz a extinção das normas penais em branco heterogêneas. Como exposto, quando se trata do bem *jurídico liberdade*, não se busca o meio mais ágil de criminalizar novos comportamentos, e sim que esse bem jurídico só será afetado em última instância e com observância a todos os direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena – Causas de aumento e diminuição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, n. 35, 1983.
- _____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- _____. et al. *Direito penal brasileiro – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- _____. *Fundamentos da Constituição*. Trad. Vital Moreira. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Argentina: BdeF, 2001.

- COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, n. 1, 1971.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Lei Antitóxicos, norma penal em branco e a questão do lança-perfume: cloreto de etila. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 9, n. 102, 2001.
- KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 17 fev. 2005.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, v. 1, 1950.
- MEROLLI, Guilherme. Por uma refundação principiológica da dogmática jurídico-penal. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Faculdade de Direito. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2005.
- MOKHTAR, Aly. *Nullum crimen, nulla poena sine lege: aspects and prospects*. *Statute Law Review*, Oxford University Press, v. 26 (1), 2005.
- MOURA, Grégoire Moreira de. Reflexões sobre a norma penal em branco e o princípio da legalidade. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 5 out. 2004.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sob a legitimação das proibições penais. Org. Professor Cezar Roberto Bitencourt. Seminário de Direito Penal Econômico, Porto Alegre, mar. 2004.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en la sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.
- SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUZA, Luciano Anderson de. O princípio da reserva legal. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 5 out. 2004.