

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

O RISCO DE DESLEGALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

Análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Livre Docente Dr.^a Helena Regina Lobo da Costa

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo

2018

CHIAVELLI FACENDA FALAVIGNO

O RISCO DE DESLEGALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

Análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação da Professora Livre Docente Helena Regina Lobo da Costa e do Professor emérito da Universidade de Hamburgo Sebastian Scheerer.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo

2018

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Falavigno, Chiavelli Facenda

O risco de deslegalização no direito penal: análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo
/ Chiavelli Facenda Falavigno. – São Paulo : USP / Faculdade de Direito, 2018.

259 p. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Orientadora: Helena Regina Lobo da Costa.

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia

1. Separação de poderes. 2. Direito Penal Econômico. 3. Direito Penal Ambiental. 4. Princípio da legalidade. 5. Norma penal em branco. 6. Regulamentos administrativos. 7. Técnicas de reenvio. I. Costa, Helena Regina Lobo. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é preciso. Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais e a minha irmã, que me incentivaram de todas as formas possíveis a seguir na busca dessa titulação, mesmo sem entender, muitas vezes, o porquê de isso me ser tão caro. Vocês são a melhor família que alguém poderia ter, porque vocês me fazem melhor a cada dia. Sem vocês, eu não seria o que sou, e a cada traço de semelhança que reconheço em minha personalidade, sinto-me feliz e orgulhosa de saber que saí *igualzita* a vocês.

Agradeço ao meu querido namorado Vinicius, que vem acompanhando minha trajetória acadêmica desde a graduação. Agradeço por compreender minhas ausências e por fazer dos poucos momentos que temos tido juntos nos últimos anos, os mais felizes e genuínos.

Agradeço à Universidade de São Paulo, à Hamburg Universität, à Universidade de Coimbra e ao Instituto Max Planck de Freiburg, todos essenciais para o desenvolvimento desse trabalho. Agradeço também ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cuja biblioteca foi minha segunda casa no ano de 2016. Agradeço à Fundação de Amparo à Pesquisa no estado de São Paulo (FAPESP), cuja bolsa me permitiu permanecer nessa cidade, e ao Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), cuja bolsa me permitiu o período sanduíche na Alemanha, em 2017. Agradeço ainda à Biblioteca da Corte Suprema do Chile pelo envio de um livro, que solicitei por e-mail, sem nenhum custo, o qual foi essencial para esse trabalho.

Agradeço à incansável Dra. Helena Lobo da Costa, que leu este trabalho por diversas vezes, sendo detalhista em cada correção, sugerindo constantemente bibliografia, emprestando livros, recebendo-me para reuniões, respondendo com rapidez meus e-mails, mensagens e indagações. Para além disso, agradeço o incentivo, desde o início, a estudar a língua alemã, bem como toda a orientação temática desta pesquisa, que teve por guia um dos melhores livros que já li a respeito da Proteção Penal Ambiental no Brasil – sua tese de doutorado –, na mais ampla e bela concepção do termo.

Agradeço ao querido professor Dr. Sebastian Scheerer, que me recebeu por diversas vezes em sua residência, em Hamburgo, debatendo comigo em alemão, inglês e português os temas

deste trabalho. Devo a ele quase toda a bibliografia a respeito do direito penal de drogas, utilizada no segundo capítulo desta tese.

Ainda em Hamburgo, agradeço à Anelise Kluge, que me cedeu sua casa por tantas vezes e à Naiara Moreno, a mais grata surpresa brasileira em terras tão frias. À Luanny Conceição, que me auxiliou de todas as maneiras possíveis, inclusive no aprendizado do alemão. À Emília e ao Clessio, pelos dias juntos em Freiburg. Ao Arthur Kullo e família, pela acolhida em Coimbra.

Ao professor Alaor Leite, que se dispôs a discutir o tema do erro comigo por telefone diretamente da Alemanha, enviando textos para a complementação desse tópico.

Em São Paulo, agradeço a todos os amigos que fizeram esses anos longe de casa passarem voando: Telma, Fil, Neto, Martha, Carlos Santana, Carol Schettini, Rapha, Ana Luiza, Fernando curitibano, Raffha Langoni, Pati, Lu Restiffe, Rossana Leques, Gabi e Bia, Clara Masiero, Mari Martins Costa, Vini Vasconcellos, dentre tantos outros. Ao Guilherme Lucchesi, por conseguir em dois dias um livro esgotado para mim. A toda equipe da RBCCRIM, com a qual estou há três anos realizando um trabalho de qualidade e rigor científico, com competência e carinho.

Em Porto Alegre, a toda família do Vini, que sempre me acolheu como a uma filha, a minhas amigas do Pensionato e a meus amigos da Faculdade, sobretudo o Renan e o Moralles, por estarmos sempre em contato.

A escrita de trabalho de doutorado requer um período de solidão e introspecção, mas somos um reflexo de tudo que está em nós e, por isso, vocês todos fazem parte dessa conquista.

“Eu penso em vocês night and day...”

Ao Vini,
que, de tanto acreditar nos meus sonhos,
convence-me todos os dias que eles vão dar certo.

Aos meus pais e à minha irmã,
por absolutamente tudo de bom que acontece na minha vida desde 1988.

“Diante da Lei está um guarda. Vem um homem do campo e pede para entrar na Lei. Mas o guarda diz-lhe que, por enquanto, não pode autorizar-lhe a entrada. O homem considera e pergunta depois se poderá entrar mais tarde – “É possível” – diz o guarda. – “Mas não agora!”. O guarda afasta-se então da porta da Lei, aberta como sempre, e o homem curva-se para olhar lá dentro. Ao ver tal, o guarda ri-se e diz. – “Se tanto te atraí, experimenta entrar, apesar da minha proibição. Contudo, repara, sou forte. E ainda assim sou o último dos guardas. De sala para sala estão guardas cada vez mais fortes, de tal modo que não posso sequer suportar o olhar do terceiro depois de mim”. O homem do campo não esperava tantas dificuldades. A Lei havia de ser acessível a toda a gente e sempre, pensa ele”.

(Franz Kafka, Diante da lei)

“E por que é que mais me adianta contar os treze tiros que mataram Mineirinho do que os seus crimes. (...) No entanto a primeira lei, a que protege corpo e vida insubstituíveis, é a de que não matarás. Ela é a minha maior garantia: assim não me matam, porque eu não quero morrer, e assim não me deixam matar, porque ter matado será a escuridão para mim.
Esta é a lei. Mas há alguma coisa que, se me faz ouvir o primeiro e o segundo tiro com um alívio de segurança, no terceiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo segundo chamo meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina — porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro. Essa justiça que vela meu sono, eu a repudio, humilhada por precisar dela. Enquanto isso durmo e falsamente me salvo. Nós, os sonsos essenciais”.

(Clarice Lispector, Mineirinho)

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **O RISCO DE DESLEGALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL: Análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo.** 2018. 280 p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

RESUMO

O tema do presente trabalho é o risco da deslegalização do direito penal, que consiste na excessiva complementação de normas penais em branco por regulamentos e outras espécies normativas de natureza administrativa, acarretando uma série de consequências danosas, como a delegação velada de competência penal ao Poder Executivo, a afronta ao princípio da legalidade em sua vertente *lex certa* ou taxatividade, a ocorrência indiscriminada do erro de proibição, dentre outras. O presente trabalho investigará o que é o fenômeno da deslegalização do ordenamento punitivo, como ele ocorre e quando se pode considerar que houve excesso na complementação da norma penal. O projeto se propõe, ainda, a avaliar as principais causas em matéria de mudanças sociais e de política criminal que podem ter acarretado a necessidade cada vez maior da complementação legal. Essencial, para tanto, que se verifique em quais áreas tal fenômeno pode ocorrer com predominância, como o direito penal ambiental, econômico e de drogas, constatando quais as características comuns dos bens jurídicos tutelados por tais normas. A pesquisa pretende abordar a (in)compatibilidade de tal procedimento com os princípios norteadores do direito penal, bem como com o ordenamento penal brasileiro constitucionalmente orientado. Em que pese à já consolidada legitimação, no direito penal pátrio, da norma penal em branco, é necessário que o seu uso apresente limitações de forma e de conteúdo, como a delimitação exata da parte delegada ou, ainda, a obediência, pela norma complementadora, de critérios de certeza e determinação. Nessa linha, na última parte da pesquisa, pretende-se buscar várias possibilidades para a solução da questão, fazendo-se uso de pensamento complexo e multidisciplinar na análise do fenômeno, utilizando-se para isso não apenas das possibilidades da dogmática, mas também da hermenêutica, do direito comparado, da criminologia e da política criminal atualmente vigente no país. A metodologia utilizada será pesquisa bibliográfica e legislativa.

Palavras chaves: Separação de poderes; Direito penal econômico; Direito penal ambiental; Princípio da legalidade; Norma penal em branco; Regulamentos administrativos; Técnicas de reenvio.

ABSTRACT

The subject of the present work is the risk of delegalization of criminal law, which consists in the excessive complementation of blank criminal rules by regulations and other kinds of rules of administrative nature, resulting in a series of harmful consequences, such as the veiled delegation of criminal jurisdiction to the Executive Power, the affront to the lawfulness principle in its line of “right lex” or “rateability”, the indiscriminate occurrence of the error of prohibition, among others. The present work will investigate what is the phenomenon of the delegalization of the punitive legal system, how it occurs and when it can be considered where was an excess in the complementation of the criminal law. The project also proposes to evaluate the main causes of social changes and criminal policy that may have led to the increasing need for legal complementation. It is essential, therefore, to verify in which areas such phenomenon can occur with predominance, such as

environmental criminal law, economic criminal law and criminal law of drugs, noting the common characteristics of legal rights protected by such regulations. The research intends to address the (in) compatibility of such procedure with the guiding principles of criminal law, as well as with the Brazilian Criminal Law constitutionally oriented. In spite of the already consolidated legitimacy in the national criminal law of the blank criminal rule, it is necessary that its use presents form and content limitations, such as the exact delimitation of the delegated party or, also, obedience, by the complementary law, of certainty criteria and determination. In this line, in the last part of the research, it is sought to find several possibilities for the solution of the issue, making use of complex and multidisciplinary thinking in the analysis of the phenomenon, using not only the possibilities of dogmatics, but also the hermeneutics, comparative law, criminology and criminal policy currently in force in the country. The methodology used will be bibliographical and legislative research.

Keywords: Separation of powers; Economic criminal law; Environmental criminal law; Lawfulness Principle; Blank penalty rule; Administrative regulations; Resend techniques

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die zunehmende Gefahr der Entlegalisierung des Strafrechts, die damit einhergeht, dass Blankettnormen zunehmend durch außerstrafrechtliche Normen wie Verwaltungsnormen ergänzt werden. Dieser Vorgang führt letztlich u.a. zu einer Übertragung der Strafrechtskompetenz auf die Exekutive, stellt einen Verstoß gegen die Prinzipien des Gesetzesvorbehaltes und Bestimmtheitsgebotes dar und führt zu einer Häufung von Verbotsirrtümern in der Rechtspraxis. Es wird untersucht, was die Entlegalisierung der Strafrechtsordnung bedeutet, wie sie stattfindet und wann festgestellt werden kann, dass eine Strafrechtsnorm in Übermaß ergänzt wurde. Es wird auch auf die sozialen Ursachen und kriminalpolitischen Faktoren eingegangen, die zum Wachstum der außerstrafrechtlichen Normergänzung geführt haben könnten. Wesentlich dafür ist zunächst die Feststellung der Gebiete, in denen dieses Phänomen am häufigsten vorkommt, wie beispielsweise im Umwelt-, Wirtschafts- und Drogenstrafrecht, wobei die gemeinsamen Eigenschaften der jeweils geschützten Rechtsgüter analysiert werden sollen. Auch berücksichtigt wird die (Un)Vereinbarkeit dieser Entwicklung mit den das Strafrecht anleitenden Prinzipien ebenso wie mit der brasilianischen Rechtsordnung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten. Trotz der in der brasilianischen Rechtsordnung bereits etablierten Legitimation von Blankettnormen bedarf ihr Gebrauch einer Einschränkung bezüglich auf Form und Inhalt. Dies kann beispielsweise mittels einer genaueren Abgrenzung des verweisenden Normteils oder der Erarbeitung von Bestimmungs- und Deutlichkeitskriterien für die verwiesene Norm geschehen. In diesem Sinne werden im letzten Teil der Untersuchung vielfältige Lösungsansätze im Rahmen eines komplexen und multidisziplinären Gedankengangs behandelt, indem nicht nur rechtsdogmatische Lösungen, sondern auch hermeneutische, rechtsvergleichende, kriminologische und kriminalpolitische Möglichkeiten berücksichtigt werden. Die Methodologie umfasst die Recherche von Literatur und Gesetzgebung.

Stichwörter: Gewaltenteilung; Wirtschaftsstrafrecht; Umweltstrafrecht; Gesetzesvorbehalt; Blankettstrafrechtsnorm; verwaltungsrechtliche Satzungen; Rückverweisteknik

RESUMEN

El tema del presente trabajo es el riesgo de la deslegalización del derecho penal. Este fenómeno consiste en la excesiva complementación de normas penales en blanco por reglamentos y otras especies normativas de naturaleza administrativa, lo cual acarrea una serie de consecuencias perjudiciales, como la delegación velada de competencia penal al Poder Ejecutivo, la afrenta al principio de legalidad en su vertiente *lex certa*, la ocurrencia indiscriminada del error de prohibición, entre otras. El trabajo investigará la deslegalización del ordenamiento punitivo, cuando ocurre y cuando se puede considerar que hubo exceso en la complementación de la norma penal. El proyecto se propone, además, evaluar los principales cambios sociales y en la política criminal que pueden haber acarreado la necesidad cada vez mayor de la complementación legal. Para ello, se verificará en qué áreas tal fenómeno puede ocurrir con predominancia, como el derecho penal ambiental, el derecho penal económico y el derecho penal de drogas, constatando cuáles son las características comunes de los bienes jurídicos tutelados por dichas normas. La investigación pretende abordar la (in) compatibilidad de tal procedimiento con los principios orientadores del derecho penal, así como con el ordenamiento penal brasileño constitucionalmente orientado. En cuanto a la ya consolidada legitimación, en el derecho penal patrio, de la norma penal en blanco, es necesario que su uso presente limitaciones de forma y de contenido, como la delimitación exacta de la parte delegada o, aún, la obediencia por la norma complementaria, de criterios de certeza y determinación. En esta línea, en la última parte de la investigación, se pretende buscar varias posibilidades para la solución de la cuestión, haciendo uso del pensamiento complejo y multidisciplinario en el análisis del fenómeno, utilizándose para ello, no sólo las posibilidades de la dogmática, sino también la hermenéutica, el derecho comparado, la criminología y la política criminal actualmente vigente en el país. La metodología utilizada será una investigación bibliográfica y legislativa.

Palabras claves: Separación de poderes; Derecho penal económico; Derecho penal ambiental; Principio de legalidad; Norma penal en blanco; Reglamentos administrativos; Técnicas de reenvío.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I: PANORAMA DA DESLEGALIZAÇÃO	17
1. A relevância da lei penal no direito brasileiro.....	17
1.1. O princípio da legalidade como elemento constitutivo do direito penal	20
2. Normas penais em branco: introdução ao instituto.....	26
2.1. Os tipos de normas penais em branco	33
2.2. Qual o limite da complementação?	36
2.3. A função do direito administrativo.....	39
2.4. Espécies normativas administrativas e o desvio de suas funções	42
3. Os bens jurídicos protegidos por normas que necessitam de constante complementação	50
3.1. Direito penal ambiental.....	52
3.2. Direito penal econômico.....	58
3.3. Direito penal de Drogas	65
3.4. Outros subtemas do direito penal.....	69
3.5. A ocorrência da deslegalização: diálogos com a doutrina e os ordenamentos estrangeiros	77
4. Considerações parciais	82
CAPÍTULO II: AS CAUSAS DA DESLEGALIZAÇÃO	84
1. O encontro da norma penal em branco com o direito penal da sociedade de massas.....	84
2. As principais causas da deslegalização do ordenamento penal pátrio	89
2.1. O direito e a sociedade: influências recíprocas	91
2.2. A sociedade de riscos: complexidade, regulação e mudanças sociais	92
2.3. O direito penal em expansão e a sua influência nas novas criminalizações 	106
2.4. A influência externa: o caso das leis de drogas	117
3. Os problemas de redação e de execução das leis penais	122
3.1. A crise da lei e da produção normativa	123
3.2. A ausência de técnica legislativa: problemas no processo legislativo e questões de política criminal.....	125
4. Considerações parciais	132
CAPÍTULO III – ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS POSSÍVEIS DA DESLEGALIZAÇÃO	133
1. As consequências da deslegalização na tutela penal	133

2. O desvio no bem jurídico protegido pela norma	133
3. O princípio da legalidade e a reserva legal: A competência legislativa penal 140	
4. O princípio da legalidade e a taxatividade: Elementos normativos do tipo e leis penais em branco	147
5. O erro de proibição	155
6. As questões processuais e os demais problemas advindos da complexa relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo	161
7. A perda da efetividade da norma.....	166
8. Considerações parciais	173
CAPÍTULO IV: AS POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO DO PROBLEMA	175
1. O direito penal deslegalizado.....	175
2. Contribuições em matéria político-criminal.....	177
2.1. As demandas por processos de descriminalização.....	179
2.2. A necessidade de estudos de impacto e outras mudanças no processo legislativo brasileiro	186
3. Contribuições em matéria administrativa.....	189
3.1. A necessidade da construção de um sistema sancionador integrado	190
3.2. As possibilidades de modelos híbridos existentes no direito comparado	195
4. Contribuições em matéria de dogmática penal	199
4.1. Os critérios dogmáticos possíveis em matéria de lei penal em branco	200
4.1.1. A proibição de remissão de elementos centrais.....	201
4.1.2. O problema das remissões dinâmicas.....	205
4.1.3. Proibição de remissões em cadeia	209
4.1.4. Gradação do órgão do qual emana a regulação	210
4.1.5. Hierarquia do ato complementador	212
4.1.6. A remissão recíproca e expressa.....	214
4.1.7. Exame de legalidade do complemento	216
4.1.8. Reconhecimento diferenciado do erro	218
5. Considerações parciais.....	221
CONCLUSÃO	223
REFERÊNCIAS.....	227

INTRODUÇÃO

O direito penal brasileiro é baseado, sobretudo, no princípio da legalidade. A lei, como fonte primordial na determinação de ações puníveis, encontra embasamento nas disposições constitucionais presentes no artigo 5º, o qual elenca os direitos e garantias fundamentais, e também no artigo primeiro do Código Penal de 1940.

Contudo, há matérias que, seja por necessitarem de constante atualização ou por dizerem respeito a procedimentos e atividades bastante mutantes e flexíveis, não podem aguardar o lento processo legislativo todas as vezes que precisam ser reguladas, ainda que seja pela via penal. Diante desse impasse, como se pode proceder a essa regulação? É nesse contexto que se inicia o estudo da complementação e da assessoriedade administrativa do direito penal.

A escolha por esse termo, assessoriedade, com essa grafia, advém da concepção de que o direito administrativo assessora o direito penal, auxiliando na construção dos tipos. Há doutrina no sentido de que o correto seria a utilização da expressão acessoriedade, que denota a crítica de transformar o direito penal em simples acessório do direito administrativo.

O termo assessoriedade, também usado no direito civil e administrativo, tem significado diverso em matéria penal, a qual sofreu especial influência do direito português e espanhol nessa conceituação. O uso que se dá no âmbito criminal pelo direito administrativo corresponde à complementação da norma legal por atos e regras inferiores à lei, denotando o auxílio prestado ao direito penal pela disciplina administrativa; contudo, aquele não poderia tornar-se desta dependente, o que seguramente nem sempre tem ocorrido na prática.

Para a boa resolução desse problema, faz-se necessário repensar, dentre outras, algumas das características fundantes do direito punitivo, quais sejam: a dignidade penal dos bens tutelados pela norma ou, ainda, a prevalência absoluta do princípio da legalidade nessa matéria. Importante frisar que os dois pontos aventados são extremamente relevantes para a ciência em debate, que se diferencia das demais vias jurídicas sancionadoras pelos rígidos limites necessários à sua incidência.

No que tange à legalidade, sob o viés de lei escrita, estrita, certa e prévia, esta caracteriza a pedra angular do sistema punitivo pós-Iluminista contemporâneo. A legalidade seria o princípio responsável por garantir, nesse ramo do direito, a possibilidade de dar ao autor do fato a oportunidade de obter o conhecimento de todas as condutas puníveis antes de ser responsabilizado por sua prática. Esse conhecimento, ademais, requereria a

acessibilidade interpretativa do que se encontra descrito na lei como crime, o que corresponde à compreensão da norma não apenas por juristas, mas por qualquer do povo.

De outra banda, é a ofensividade - ou lesividade - outra norma basilar do direito penal como ciência. Por esse ditame, atribui-se a esse ramo jurídico a função única e exclusiva de proteger bens jurídicos. Ou seja, só estaria autorizada, pelo restante do sistema jurídico, a punição, no âmbito penal, da conduta que provoca dano ou perigo de lesão relevante a bem jurídico de terceiro.

Desse raciocínio também se pode auferir os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. Pelo primeiro, entende-se que a proteção penal deve ser a *ultima ratio*, invocada apenas quando todos os outros ramos jurídicos sancionadores falharam na tarefa de oferecer a devida proteção ao bem jurídico. Já pela fragmentariedade, entende-se excluídas da tutela penal todas as condutas que, apesar de provocarem lesão ao bem jurídico, fazem-no de forma ínfima, o que pode dar azo à aplicação do princípio da insignificância em matéria criminal.

Assim, nota-se que o debate a ser feito no ponto inicial dessa pesquisa é por demais intrincado e complexo, já que permeado por princípios sensíveis da matéria estudada e admitindo, portanto, somente respostas parcialmente satisfatórias. Isso porque a opção do ordenamento brasileiro tem sido, de certa forma, a relativização do princípio da legalidade em algumas de suas esferas de incidência. Depara-se, então, com a transferência, pelo Legislativo, da competência de definir algumas partes da norma jurídica penal a órgãos pertencentes ao Poder Executivo. Tais partes passam, desse modo, a ser reguladas por espécies normativas diversas e, por consequência, inferiores hierarquicamente à disposição legal.

Esse espaço de poder normativo transferido, frise-se, deveria ser minuciosamente determinado, de forma a manter-se, no maior patamar possível, a prevalência da legalidade e, ainda, deveriam ser taxativas as espécies normativas inferiores à lei que servissem à função reguladora. É sabido também que se está lidando com matéria penal, a qual impõe sanção privativa de liberdade – o segundo bem mais caro ao indivíduo após sua própria vida –, e qualquer garantia a ser relativizada nessa esfera merece redobrada atenção, sob pena de causar inevitáveis danos aos cidadãos que vivem sob a égide de um Estado já tão punitivo como o brasileiro.

Ademais, cabe mencionar a estrutura de divisão da titularidade de poderes que prevalece na Constituição pátria e a disputa interna que ocorre, na prática, pelo exercício pleno dos mesmos. Isso se torna relevante principalmente no caso brasileiro, em que há um

Poder Legislativo repleto de competências constitucionais e cada vez mais incapaz de exercê-las em concreto pelos mais diversos motivos, o que o torna cada vez mais desacreditado frente à população que o elegeu.

Quando se trata de punitividade do Estado, ademais, é necessário que se faça menção a conhecimentos criminológicos, que definem o momento vivido hoje no Brasil como um Estado de polícia posterior a uma não cumprida política de *Welfare State*, o que redundava em uma punitividade de massas sobre uma estrutura deficitária e precária, facilmente detectável pela análise dos dados concretos referentes às condições de carcerização no Brasil.

Em termos de política criminal, isso se materializa pela criação constante de novos bens jurídicos, muitos ditos coletivos e difusos, os quais passam a ser tipificados por meio de técnicas legislativas que fazem, na maioria dos casos, constante uso de assessoriedade. É, portanto, bastante visível que as consequências problemáticas da deslegalização que serão estudadas nesse texto se dão com maior ênfase em algumas searas, como o direito penal ambiental, o direito penal econômico e o direito penal de drogas.

Ademais, é essencial que se reconheça ser esse processo de carcerização fortemente seletivo e discriminatório, incidindo a pena privativa de liberdade de forma muito mais recorrente sobre determinados indivíduos oriundos de camadas sociais desfavorecidas, o que por si só já descortina a falência de nosso sistema penal, seja em suas tipificações e doutrinas, seja na sua prática de julgamento ou de execução de sanções.

Nesse trabalho, o que se entende por deslegalização é um uso excessivo, uma exacerbação desse procedimento de deixar a cargo de outras espécies normativas, que não a lei, o preenchimento de lacunas constantes nas normas penais. Esse conceito seria, portanto, um processo contínuo, que culmina em uma maior regulação da matéria por essas outras espécies normativas do que pela própria lei, como seria devido. Essa maior regulação, ademais, acaba por dar-se em espaços extremamente relevantes e determinantes da norma, o que provoca uma quebra significativa da legalidade, pois a conduta acaba por ser quase integralmente definida e regulada por instrumento diverso de lei.

Sabe-se que, por tratar-se de flexibilização de garantia penal, as partes da norma cedidas à regulação por outros instrumentos normativos não poderiam ser aquelas essenciais para a definição e a compreensão do tipo. Com essa progressiva deslegalização, as leis penais excessivamente abertas fazem com que seja necessário determinar-se elementos basilares do tipo por meio de, por exemplo, regulamentos administrativos, o que provoca sério descompasso com as formalidades necessárias ao bom processo legiferante, bem como vulnera a função de garantia do tipo, que deve ser taxativo.

É unívoco que, nesse caso, formalidade significa tutela de direitos, não podendo essa ser simplesmente afastada sem causa que o justifique, de modo a diminuir a proteção ao cidadão, expandindo o controle penal. Além disso, materialmente, o dano causado é ainda maior, uma vez que o processo pelo qual passa a lei antes de ser promulgada é, sim, bastante lento, pois visa a tutelar uma série de procedimentos garantidores, como as discussões parlamentares e outros trâmites essenciais à manutenção do seu caráter democrático.

Frise-se, ainda, que se inclui, em alguns subtítulos dessa pesquisa, como parte do fenômeno da deslegalização, para além da análise das normas penais em branco propriamente ditas, o estudo de figuras como os elementos normativos do tipo. São eles os tipos penais abertos ou a assessoriedade do ato, que consiste no tipo penal que remete à autorização, licença ou a outro ato administrativo autorizador; ou até mesmo à proibição ou interdição específica, como elemento nuclear da norma penal. Importante salientar que a complementaridade pode-se dar, nesse último caso, de três formas: conceitual, quando um elemento do tipo remete a conceitos de direito administrativo; normativa, pela remissão do tipo diretamente à normas administrativas; e do ato, quando o tipo se resume a fazer referência a ato administrativo, de forma a proteger o seu correto cumprimento.

Todas essas técnicas legiferantes apresentam problemas semelhantes, merecendo ser estudadas em um contexto similar, de forma que algumas das soluções pensadas nessa pesquisa possam também abranger questões a elas atinentes. Novamente, o que se vislumbra aqui é a transferência, para outra espécie normativa que não a lei, de definição e determinação de elementos basilares do tipo penal, esvaziando de conteúdo normativo e material as disposições presentes no texto legal, que passa a ser mera moldura, sem qualquer poder real de descrever o comportamento ao qual se está impondo a sanção privativa de liberdade.

Com essa delimitação prévia, dá-se início ao presente estudo, que visa a explorar os limites, as causas e as consequências da deslegalização que ocorre, paulatinamente, em alguns setores tutelados pelo direito penal.

CAPÍTULO I: PANORAMA DA DESLEGALIZAÇÃO

1. A relevância da lei penal no direito brasileiro

Ao se trabalhar com determinações legais no direito, é essencial a referência à família de direito ocidental, à qual, em teoria, filia-se o Brasil, a *Civil Law*. A definição de tais famílias hoje possui uma função muito mais didática que material, tendo em vista a constatação, já trabalhada na doutrina,¹ da aproximação que ocorre entre os referidos sistemas na prática, sendo as características de cada família mais originárias que atuais.²

Por *Civil Law* entende-se um sistema que, em pretensão, define a maioria de suas disposições cogentes por meio de legislação escrita, positiva e pré-estabelecida.³ Atribuir ao sistema brasileiro o pertencimento a essa família jurídica é, sobretudo, dar validade ao que está disposto na própria lei, de forma circular. Afinal, é a Constituição que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de disposição legal.⁴

A prevalência dessas características dependeria, contudo, de um Poder legislativo forte e atuante, o que é cada vez mais raro de se vislumbrar no Brasil. Enfraquecido e rotineiramente lembrado por escândalos de corrupção, o poder legiferante brasileiro é, certamente, o mais desacreditado da tríplice cúpula,⁵ composta também pelo Executivo e pelo Judiciário. Esse último, aliás, é o único a ainda ostentar algum grau de prestígio junto à população, mas que, frise-se, tem a menor influência na escolha de seus membros, em comparação aos outros dois. Ou seja, o que se verifica no Brasil é uma verdadeira crise interna no próprio modelo de legalidade e democracia, para além da definição conceitual de *Civil Law*.

No entanto, em que pese tal constatação, o que se verifica na cultura jurídica brasileira, não sendo diferente na esfera penal, é, sim, uma sede por leis, ou seja, uma busca incessante por segurança jurídica como passível de ser auferida por meio da elaboração de uma lei. Tal fato persiste mesmo com a sorrateira consciência de que a maioria dos diplomas legais, mesmo que recentes e plenamente vigentes, acabam por ser descumpridos,⁶ muitas

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** P. 133-134

² PARGENDLER, Mariana. **The Rise and Decline of Legal Families.** P. 4

³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** P. 105

⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** P. 61

⁵ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal.** P. 16

⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** P. 183

vezes, inclusive, por uma discrepância existente entre a regulação jurídica e a política criminal vigente nessas áreas, como ocorre à lei de Execuções Penais e, com mais ênfase, à própria Constituição Federal.

Outrossim, na nossa cultura jurídica, ainda predomina a confiança cega na elaboração de leis para regulamentar toda a sorte de matérias, principalmente na seara penal.⁷ A essa cultura se pode atribuir a grande quantidade de leis extravagantes, muitas das quais foram feitas apressadamente, como verdadeiras “respostas” ao clamor público diante de notórios casos concretos, como as Leis Bernardo,⁸ Carolina Dieckmann,⁹ dentre outras.

O culto à fácil solução legislativa, que desincumbe os poderes governamentais de tomarem outras medidas, passando-se a impressão de que o problema, muitas vezes sequer estudado, já foi resolvido, serve apenas como obstáculo ao verdadeiro e eficaz questionamento sobre as pendências penais brasileiras. Além do mais, a falta de um estudo posterior sobre a aplicação e a eficiência da lei, na solução da questão que essa se propunha a tutelar, torna ainda mais distorcida a pretensão exercida por esses referidos diplomas legais. Seguem essa tendência a lei dos crimes ambientais,¹⁰ a lei Maria da Penha, a lei de Drogas, entre outras. Essas leis, ademais, prontamente se desatualizam, sendo objeto de sucessivas reformas, devido às mudanças constantes da sociedade em que se vive e do próprio bem jurídico tutelado, violando a legalidade em suas diversas esferas de incidência:

A mutação normativa com forte comprometimento da instrumentalidade penal ocorre em todas as esferas. Nas teorias da norma penal e do direito, ensejando lesões aos princípios da legalidade em sentido amplo (exaustiva utilização de leis penais em branco), legalidade em sentido estrito (prevalência de tipos penais abertos identificados por elementos normativos), lesividade (criminalização de autolesões e de delitos sem vítima) e culpabilidade (criação de normas de perigo abstrato), sobrepondo

⁷ “A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população” (ZAFFARONI, 1991, p. 26).

⁸ Lei n. 13.010/2014, que alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo sua aprovação fortemente influenciada pelo assassinato do menino Bernardo Boldrini, ocorrido em 4 de abril do mesmo ano.

⁹ Lei n. 12.737/2012, que alterou dispositivos do Código Penal para incluir, de forma apressada e pouco crítica, delitos cometidos por meio de dispositivos informáticos (art. 154-A, entre outros). Ressalte-se que, após anos de tramitação de diversos projetos sobre o tema sem qualquer conclusão (como o projeto n. 84/1999), a invasão do computador da atriz Carolina Dieckmann com a divulgação de fotografias pessoais, em maio de 2012, influenciou a transformação em lei, em tempo recorde, do projeto n. 2793/2011, que passou a tramitar em regime de urgência.

¹⁰ Esta denunciada como exemplo do uso simbólico do direito penal na seara ambiental, o qual não evita condutas lesivas e traz intrínseco um fator contraprodutivo, pois impede a busca por outros meios eficazes de tratar a questão. Ainda, contribui para violações sucessivas aos princípios fundamentais do direito penal adequado ao Estado de Direito. Nesse sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 151-152.

gradualmente à responsabilidade penal subjetiva por modelos de responsabilização objetiva. (CARVALHO, 2013, p. 183)

A estabilidade da lei se encontra, hoje, bastante questionada, sendo dois os principais mecanismos de atualização da legislação vigente: a interpretação e criação judicial¹¹ – o que aproxima o sistema brasileiro da *Common Law*, valorizando-se a construção de precedentes – e a regulação e complementação da lei por meio de decretos, atos e regulamentos administrativos, ou ainda de outras leis.

A *Common Law*, que atualmente predomina no direito de países como Estados Unidos e Inglaterra, pode ser definida, resumidamente, como um sistema baseado na doutrina de *stare decisions*, em que o precedente possui uma dupla função: a resolução do caso concreto e a criação de um modelo de norma, aplicável a situações futuras semelhantes.

Stare decisions refers to the policy of courts to follow the rules laid down in previous judicial decisions and to refrain from disturbing established points of law. The purpose is to ensure stability and certainty in the legal system. Litigants are aware of the results in similar prior cases and make their decisions in regard to the lawsuit accordingly; stare decisions enhances predictability. Judges are entrusted with great power and authority, not only in deciding specific cases but also as lawgivers. (CALVI; COLEMAN, 2008, P. 35).¹²

No Brasil, cada vez mais os magistrados são precursores de procedimentos interpretativos também tendentes à criação.¹³ Isso se dá não apenas por meio do controle difuso de constitucionalidade, ou por meio das súmulas, sejam elas vinculantes, do Supremo Tribunal Federal, ou não vinculantes.¹⁴ Atualmente, é possível, sim, ter acesso a decisões que destoam ou deixam de aplicar a legislação vigente, adiantando-se futuras reformas que deveriam ser feitas para adaptar a política criminal vigente no Brasil aos ditames próprios

¹¹ Tratamos dessa questão na obra: **A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal**, de Chiavelli Fazenda Falavigno.

¹² Decisões fixas se refere à política das Cortes de seguir regras estabelecidas previamente por decisões judiciais e evitar o distúrbio a pontos de vista estabelecidos. O propósito é assegurar a estabilidade e a certeza no sistema legal. Os litigantes estão cientes dos resultados e um caso passado similar e tomam suas decisões com referência à ação judicial que esteja de acordo; as decisões fixas enaltecem a previsibilidade. É confiado aos juízes um grande poder e autoridade, não somente de decidir casos específico, mas também de dizer o direito. (tradução da autora).

¹³ “Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão de poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça” (FERRAZ JÚNIOR, 2014. p. 735).

¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. **As Responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira**. P. 3

dos direitos humanos,¹⁵ muitos concernentes a tratados internacionais dos quais o país é signatário.¹⁶

Contudo, há ainda outra forma de proporcionar a devida atualização legislativa. Essa forma consiste em atribuir espaços da norma, muitos deles referentes ao conteúdo ou ao objeto de proibição legal, a serem preenchidos por espécies normativas de mais fácil e acessível manuseio. Essa complementação, feita sobremaneira por entes administrativos, dá-se em normas doutrinariamente classificadas como normas penais em branco, bem como em outras formas de reenvio normativo que a elas se assemelham. É precisamente nesse segundo ponto que se pretende seguir no desenvolvimento desse trabalho.

1.1. O princípio da legalidade como elemento constitutivo do direito penal

A referência ao princípio de legalidade¹⁷ como elemento constitutivo do direito penal pós-iluminista é constante em grande parte dos trabalhos jurídicos, uma vez que o advento e a consolidação dessa norma representou uma radical transformação na história das ciências criminais. Importante salientar, ademais, que, no direito brasileiro, a legalidade não se restringe ao campo criminal, incidindo em diversos ramos do ordenamento jurídico. Essa norma regula a atividade de entes privados, que podem fazer o que a lei não proíbe, e também de entes públicos, que só podem agir da forma que está estipulada em lei.¹⁸

Em termos históricos, conforme Guilherme Costa Câmara, o período que consagrou a vingança privada e familiar como forma de combate ao delito foi sucedido por outro no

¹⁵ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. P. 161

¹⁶ Sobre o tema, cite-se também: **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**, de Mariângela Gama de Magalhães Gomes.

¹⁷ Importante salientar que a própria classificação da legalidade como princípio ou como regra encontra dissidência na doutrina, bem explicitada por Virgílio Afonso da Silva: “ Se se define "princípio" pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em princípio da legalidade ou em princípio do *nulla poena sine lege*. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito. Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, expostos no tópico anterior, é preciso cuidado ao se fazer uma "tipologia de princípios" - se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios - e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios – legalidade etc. -, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras. Como se percebe, o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito axiologicamente neutro e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de constituição” (SILVA, 2003, p. 614-616). Adota-se, nessa pesquisa, a concepção tradicional, ligada ao conteúdo, que classifica a legalidade, então, como princípio.

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Segurança jurídica e democracia no Brasil**. P. 730.

qual predominava a exemplaridade da sanção, com disposições baseadas nos costumes e na proporcionalidade de Talião. Esse processo era predominantemente inquisitório, com uso irrestrito de métodos de tortura.¹⁹

Permeada por influências religiosas, a punição se encontrava impregnada de forte caráter moral. Com leis obscuras e imprecisas, vigorava a pluralidade de fontes, com traços de direito feudal, romano, estatutário e canônico, bem como de costumes locais.²⁰ A arbitrariedade judicial, diante de tais leis, levava a condenações baseadas em características do réu, e não apenas nas circunstâncias do fato cometido.

A reforma do pensamento que fundamentava esse sistema tem como precursora a obra **Dos delitos e das penas**, de Cesare Beccaria. Princípios como o da legalidade e o da humanidade das penas²¹ foram mencionados e embasados em seus escritos, que advogavam pela racionalização dos métodos punitivos. Como expoente do movimento Iluminista, o autor buscava romper com tradições passadas, defendendo o primado da lei para que fosse possível alcançar-se o ideal de certeza no direito.

Conforme Francisco de Assis Toledo:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. (ASSIS TOLEDO, 1994, p. 21-22).

Contudo, na legislação, a primeira referência à legalidade foi feita alguns séculos antes, com a Carta Magna do Rei João Sem Terra da Inglaterra, em 1215. O marco permaneceu, no entanto, isolado, sendo mencionado mais a título histórico. Com a obra de Beccaria, publicada originalmente em 1764, tais ideias passaram a ganhar amplitude, sendo associadas aos demais princípios ínsitos do direito penal, hoje tido como de caráter liberal. Nesse período, o princípio da legalidade passou então a constar em diversos atos normativos, como as Constituições norte americanas da Filadélfia, em 1774, da Virgínia, em 1776, e de Maryland, também em 1776. Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, a legalidade como garantia penal e processual penal passou a ser de conhecimento universal.²²

¹⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Beccaria e o pensamento jurídico-criminal**. P. 306.

²⁰ *Ibidem*. P. 309.

²¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. P. 51.

²² PRUNOTTO LABORDE, Adolfo. **Principio de legalidad. Alcances y precisiones**. P. 370.

A norma que disciplina a legalidade em sede de direito penal se encontra consagrada atualmente nas mais importantes fontes normativas nacionais, como no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e no artigo 1º, do Código Penal, e ainda em normas internacionais, como Tratados de Direitos Humanos, a exemplo do artigo 7º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica.

A consagração da legalidade implica uma real separação de Poderes, destinando-se ao Legislativo, em razão de seu maior caráter democrático, a tarefa de regular, por meio de mandamentos gerais, um sistema de punição que estabeleça a igualdade de tratamento e assegure as liberdades individuais. Para Mariângela Gama de Magalhães, a norma ostenta duas funções principais: a de defender o cidadão frente ao poder estatal, submetendo o próprio soberano ao império da lei, e a de concretizar a função de prevenção geral da pena, tornando previsíveis as sanções, de forma a motivar, pela intimidação, a obediência do cidadão ao mandamento legal.²³

Há algumas divergências doutrinárias a respeito das subdivisões possíveis do princípio da legalidade. Para Francisco de Assis Toledo, são quatro as garantias que derivam da dita norma: a exigência de lei prévia, a exigência de lei escrita, a exigência de lei estrita e a exigência de lei certa.²⁴ Já para Mariângela Gama de Magalhães, em divisão que ora se adota, o princípio da legalidade se subdivide em três garantias, que seriam as seguintes: reserva legal, taxatividade e anterioridade da lei penal.²⁵

Por reserva legal, entende-se a necessidade de que as normas penais, as quais restringem a liberdade individual, sejam sempre elaboradas pelo Poder Legislativo. Esse, por conseguinte, deve atuar de acordo com o procedimento adequado, não podendo fazê-lo por meio de atos que exijam menor formalidade. O fundamento da norma reside no fato de ser o Legislativo o Poder com maior caráter democrático, devendo as leis serem debatidas sob os diversos pontos de vista políticos existentes no Congresso, que tem competência exclusiva para legislar em matéria penal, conforme artigo 22, I, e 48, da Constituição.

A reserva legal deve ser absoluta, com o tipo penal em sua íntegra, inclusive no que tange à pena, sendo determinado pela lei. Assim, regulam-se também os demais Poderes, estando o Judiciário limitado à lei e a ela submetido em seu ato interpretativo, bem como o

²³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes.** P. 9.

²⁴ ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de direito penal.** P. 21-22.

²⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes.** P. 9.

Executivo, que está impossibilitado de emitir mandamentos penais por outras fontes formais que não a legislativa.²⁶

A segunda garantia derivada da legalidade é a taxatividade da lei penal. Segundo essa normativa, a lei penal deve ser clara e precisa, descrevendo de forma compreensível o comportamento capaz de gerar incriminação. Esse ditame é de grande importância para a prevenção de arbitrariedades, de forma a restringir ao máximo as possibilidades de interpretação do tipo penal. Nesse sentido, vedado seria o uso de expressões vagas, que abrissem margem para excessiva discricionariedade por parte do aplicador da lei. Essa norma, por consequência, em virtude da diminuição de interpretações possíveis, reafirma a igualdade de todos perante a lei. Ainda, constitui fundamento para a prevenção geral da pena, uma vez que só causa intimidação o que pode ser compreendido pelo cidadão.

O conhecimento pleno por parte do destinatário do que está contido na norma fortalece o Estado Democrático de Direito, diminuindo a ambiguidade e aumentando a confiança do cidadão no poder público.²⁷

Por fim, a terceira garantia decorrente da legalidade é a anterioridade da lei penal, segundo a qual a lei deve ser anterior ao comportamento que visa a criminalizar. Dessa forma, a norma deve ser sempre dirigida ao futuro,²⁸ para que cumpra a função de direcionar os comportamentos, e também para que não funcione de maneira opressiva e discricionária, selecionando os indivíduos que deseja punir pelas condutas já praticadas, bem como desrespeitando a vontade do cidadão de cumprir a lei, uma vez que esse só viria a conhecê-la após a prática da conduta. Frise-se que a norma da anterioridade só se aplica a leis penais que prejudiquem a situação do acusado, sendo obrigatória a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica.

Para Eugenio Sarrabayrouse, a crescente inflação legislativa, somada à obscuridade das normas e à insegurança provocada por sua redação defeituosa, é mais um sinal de que se vivencia, hoje, uma crise na ideia de legalidade.²⁹ A compatibilidade do referido princípio com as técnicas de reenvio normativo vem, há muito, sendo questionada pela doutrina, o que implicaria, por consequência, a inconstitucionalidade de diversos institutos. Nas palavras de Pablo Alflen:

²⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes.** P. 12.

²⁷ Ibidem. P. 15.

²⁸ Ibidem. P. 21.

²⁹ MONTIEL, Juan Pablo (ed.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?** P. 35.

(...) apesar de o princípio da legalidade exigir a precisão absoluta da lei penal (em sua acepção originária, de cariz iluminista), visando, com isso, possibilitar ao máximo possível o conhecimento da matéria de proibição ao cidadão, é inegável que esta exigência encontra dificuldades em sua observância e implementação, não só em face da justaposição das palavras, isto é, da sintaxe (o texto da norma), como, sobretudo, da semântica e da pragmática (a norma). O emprego de conceitos indeterminados, valorativos (normativos) ou vagos na elaboração das leis penais, portanto, ainda que seja reprovado por muitos, acaba sendo uma consequência inevitável, e, com eles, a técnica das leis penais em branco, dos tipos penais abertos e das cláusulas gerais. (ALFLEN, 2016, p. 663).

Conforme Antônio Doval Pais, a admissão de leis penais em branco e outras técnicas de reenvio por parte da doutrina majoritária ocorre com uma série de dificuldades, uma vez que a autorização englobaria apenas certos aspectos periféricos, complementares e indispensáveis à matéria originariamente ou propriamente penal,³⁰ o que, sabe-se, não acontece na prática.

Em trabalho voltado à análise dos elementos normativos do tipo, Alamiro Velludo Salvador Netto problematiza a relação do princípio de legalidade com as mais diversas formas de assessoriedade administrativa, principalmente em questões atinentes a crimes econômicos. Esses necessitariam de referência obrigatória a diversas normativas técnicas para a conceituação de figuras como a “gestão temerária”,³¹ criminalizada no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7492/86. Para o autor, o uso excessivo de elementos normativos acaba por transformar o que está previsto em lei em um “não tipo”, pois funciona apenas como uma ponte que leva ao cerne do conteúdo criminalizado, o qual se encontra fora das normas de natureza penal emanadas do Legislativo.³²

Ainda, para além das leis penais em branco, que dependem de um procedimento regulatório geral por parte da Administração, há formas de assessoriedade denominadas em sentido estrito, as quais se dão por dependência de uma decisão da Administração em um dado caso concreto, o que passa a dar eficácia ao tipo. Essa é uma situação recorrente nas normas de direito penal ambiental, que estão vinculadas à emissão de licenças, como no caso

³⁰ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco.** P. 40.

³¹ Segundo Alamiro, gerir fraudulentamente seria gerir com desconsideração a normas técnicas de direito econômico. O tipo subentende, portanto, para ser cumprido, o conhecimento de todas as normas que regulam uma boa gestão, as quais sequer se encontram mencionadas no tipo, sendo sua constitucionalidade, face às exigências do princípio da legalidade, bastante questionável. (SALVADOR NETTO, 2010, p. 230-234).

³² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade.** P. 234.

do artigo 29, da Lei 9605/98. Tais tipos, além de descumprir exigências de legalidade, atingem frontalmente a lesividade, uma vez que deixam de tutelar o bem jurídico e passam a tutelar nada mais que o cumprimento de normas administrativas.³³

Fabio Guaragni e Marion Bach, em obra que discute especificamente a compatibilidade das normas penais em branco com o princípio da legalidade, defendem que, em que pese haver defensores de ambas as correntes, ou seja, da constitucionalidade e da inconstitucionalidade do dito procedimento, o que se impõe é a real necessidade de regulação de bens jurídicos supraindividuais na sociedade complexa, os quais não podem, a princípio, abrir mão de procedimentos de reenvio administrativo. Os autores então propõem a necessidade de regulação e limitação do uso das ditas normas, uma vez que sua compatibilidade com a legalidade pode ser positiva ou negativa em análise caso a caso, devendo o mau uso ou o uso excessivo das técnicas de reenvio ser, de pronto, evitado.³⁴

Jesus Maria Silva Sánchez aduz, na realidade, que o que ocorre hoje é uma verdadeira mudança no conceito de legalidade, uma vez que o processo legislativo, na tentativa de abarcar as diversas situações de rápida transformação na atual sociedade complexa, padece de segurança jurídica ao fazer irrestrito uso de elementos valorativos e cláusulas gerais. Para o autor, a legalidade, hoje, é construída por uma interação entre o legislador e o juiz, sendo dever do segundo fazer a melhor e mais clara interpretação da norma feita pelo primeiro. O cidadão, nesse contexto, guia-se mais por substratos éticos sociais, no caso do mal em si, do que pela letra da lei.³⁵

As demais questões atinentes ao princípio da legalidade serão posteriormente detalhadas no terceiro capítulo desta tese, momento em que serão abordadas as consequências do uso indiscriminado da norma penal em branco.³⁶

³³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade**. P. 231.

³⁴ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P. 91 e 251.

³⁵ SILVA-SANCHEZ, Jesus María. **¿Legalidad penal líquida?**

³⁶ Não se ignora que há autores, como Frederico de Almeida Horta, para os quais o uso do termo “norma penal em branco” estaria equivocado, uma vez que apenas a lei poderia estar em branco, jamais a norma, que é a construção semântica do dever que advém da regra legal. A expressão será, no entanto, utilizada na pesquisa a título geral, guardada essa ressalva.

2. Normas penais em branco: introdução ao instituto

Para melhor abordar o fenômeno da deslegalização, é preciso que se faça a devida conceituação do instituto das normas penais em branco, determinando suas funções e seus limites. Mister salientar que só se pode discutir a viabilidade de complementação, seus pressupostos e também seus excessos, partindo-se da ideia de que é legítima a própria existência das ditas normas penais de conteúdo variável ou flexível no ordenamento pátrio.³⁷

A discussão sobre a complementação das normas penais não prescinde de uma caracterização inicial da própria ideia de norma jurídica, que consiste, originariamente, na principal fonte do direito nos referidos sistemas romano germânicos.³⁸ Importante delimitar que é nesse sistema que o estudo se desenvolve, uma vez que o objetivo é analisar o risco de deslegalização do direito penal no Brasil.

Inicialmente, é preciso ressaltar que, em que pese ser usadas como sinônimos por alguns autores, a lei e a norma não se confundem, estando essa contida naquela. A lei é a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de mandato outorgado democraticamente pelos cidadãos.³⁹ Já a norma jurídica consiste em uma estrutura enunciativa de organização de conduta que deve ser seguida de forma obrigatória.⁴⁰ A norma enuncia, portanto, o *dever ser* e determina o conteúdo do ilícito em matéria penal.

Assim, quando se trata de norma penal, está se estudando apenas aquelas leis ou textos normativos que, de fato, enunciam um dever a ser seguido pelos seus receptores. O texto legal de um artigo pode, perfeitamente, enunciar mais de uma norma jurídica, enquanto há textos legais que, por dizerem respeito a meros procedimentos, sequer têm no cidadão seu destinatário direto, não constituindo, por assim dizer, uma norma propriamente dita.

As normas, em classificação já consagrada na doutrina, podem ser divididas em incriminadoras ou não incriminadoras. As primeiras têm a função exclusiva de punir os que violam suas proibições e mandamentos, enquanto as segundas possuem caráter permissivo, explicativo ou complementar, estabelecendo regras gerais de interpretação e aplicação das

³⁷ A quase totalidade da doutrina brasileira admite que o uso da técnica legislativa de normas penais em branco é constitucional, sendo essa a posição que se adota nesse trabalho. O que se pretende discutir é até que ponto essa técnica é viável, ou seja, quais as formas de remissão que podem ou não ser feitas, sob pena de afronta à Constituição e aos princípios basilares do direito penal. Ademais, se o fato dessa técnica ter deixado de ser excepcional para passar a ser a regra em algumas searas pode vir a torna-la um procedimento de questionável legitimidade.

³⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. P. 105.

³⁹ DOTTE, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. P. 221.

⁴⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. P. 95

primeiras, influenciando, por conseguinte, na delimitação da infração e na determinação da sanção.⁴¹

As normas incriminadoras são, por óbvio, as que detêm a função de definir as infrações penais. Elas se compõem de dois preceitos: o preceito primário, que descreve com objetividade e clareza a infração penal, e o preceito secundário, que representa a cominação abstrata da pena cabível ao infrator.⁴² O estudo desenvolvido neste trabalho se centra, com ênfase, nas normas penais incriminadoras, sobretudo em seu preceito primário, uma vez que é nesse que se manifesta o fenômeno da complementação.

Sabendo-se que a lei é a principal fonte de direito no Brasil e que possui, como uma de suas características sensíveis, a estabilidade, começam a surgir algumas questões relevantes. Segundo Miguel Reale Junior, o intérprete, ao aplicar o direito, localiza-se entre a fonte da norma e o presente da sociedade, voltando-se àquela para saber de onde o direito vem, porém igualmente mirando os fatos sobre os quais o direito incide, verificando a eficácia da norma e seu horizonte de sentido, que varia de acordo com a situação do momento.⁴³ Assim, sabe-se que as normas, mesmo sendo estáticas, devem incidir sobre uma realidade sempre e cada vez mais dinâmica, sendo também dinâmico o modelo jurídico gerado pelo conjunto de normas, cuja mudança de significado envolve um todo que se relaciona com outras estruturas dentro de um contexto histórico:

No Direito Penal, especialmente, passa a ser não só essencial, mas verdadeiramente dramático conciliar a visualização dinâmica e concreta do direito com a necessidade de atendimento à certeza e segurança jurídicas. Isto porque o Direito Penal está arrimado no princípio básico da legalidade. A interpretação evolutiva e a imperiosa exigência de que o direito esteja ancorado à realidade própria do momento histórico em que é aplicado conduzem a que se busque estabelecer critérios asseguradores da reserva legal e da taxatividade, sem olvidar o dinamismo do fenômeno da normatividade entendido como processo. (REALE JÚNIOR, 2002, p. 78).

Do exposto, vislumbra-se que a norma, muitas vezes, necessita de mecanismos artificiais a serem realizados pelos demais Poderes do Estado, como a interpretação do Poder Judiciário ou a complementação administrativa do Poder Executivo, conforme já referido, para manter sua incidência na sociedade de acordo com o esperado. Ou seja, muitas vezes, o texto estático que emana do Legislador, o qual é de difícil modificação, está distante do

⁴¹ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: parte geral.**, v.1., p. 176.

⁴² Ibidem. P. 177.

⁴³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** P. 60 e seguintes.

caso concreto e também dos problemas sociais mais relevantes, não possuindo o condão de abarcar as nuances do fato ou de adimplir com a expectativa dos indivíduos de que a lei traga a melhor solução para as questões cotidianas, principalmente na seara do direito penal.⁴⁴

Sendo o tema dessa pesquisa as normas penais em branco e demais formas de assessoriedade, centra-se o estudo, então, na atuação do Poder Executivo e seus órgãos, que complementam essas leis por meio de decretos, resoluções, dentre outras espécies normativas.⁴⁵ Tal procedimento passa, portanto, a ser detalhado.

Sabe-se que grande parte das disposições constantes na parte especial do Código Penal não depende de complementação, sendo, por conseguinte, leis penais ditas completas,⁴⁶ nas quais os preceitos incriminadores e as sanções são estabelecidos pelo mesmo diploma legal, no próprio artigo. Nesse caso, pode-se dizer que o direito penal atua de forma suficiente e autônoma na previsão e regulação de ilícitos, criando os chamados tipos penais fechados.⁴⁷

O conceito e a abrangência do que é e do que não é lei penal em branco encontra dissidências na doutrina. Para Frederico Horta, a lei penal em branco não se confunde com os chamados elementos normativos do tipo,⁴⁸ que dizem respeito à forma como elementos pertencentes a um tipo penal se apresentam - normativos ou descritivos⁴⁹ - e como devem ser, então, compreendidos.⁵⁰ Ainda, é necessário que se as distinga dos ditos tipos penais abertos,⁵¹ pois os segundos necessitam não de integração normativa, mas de exame

⁴⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. P. 128-135.

⁴⁵ Importante frisar que há também as leis penais em branco complementadas por outras leis, que são as chamadas leis penais em branco em sentido amplo.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: parte geral.**, v.1, p. 201.

⁴⁷ DOTTE, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. P. 224.

⁴⁸ “Por outro lado, tampouco se endossa a extensão do conceito de lei penal em branco para abarcar também, como pretende Bruno, aquelas cujo dispositivo complementar apenas dá sentido a um dos elementos do tipo. Pois em se conferindo tamanha amplitude ao conceito, haver-se-ia de admitir serem leis penais em branco todas aquelas cujos tipos contenham elementos normativos de conteúdo jurídico, e até mesmo aquelas das quais algum dos termos venha a ser definido por uma cláusula legal de interpretação autêntica”. (HORTA, 2016, p. 23).

⁴⁹ Importante referir que, atualmente, parte da doutrina considera não haver mais elementos do tipo penal que independam totalmente de alguma valoração interpretativa, sendo de pouca relevância a classificação em elementos normativos ou descritivos.

⁵⁰ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P. 40.

⁵¹ Os tipos penais abertos também apresentam importantes problemas no direito penal brasileiro, devido à excessiva discricionariedade judicial em sua interpretação. Devido à cultura punitiva que hoje predomina entre os operadores do direito no Brasil, tais tipos acabam por expandir a tutela penal, dando azo à responsabilidade objetiva com base no sujeito, e não no fato. Em virtude dos limites dessa pesquisa, o tema não poderá ser detalhadamente analisando, resumindo-se a menção às palavras de Salo de Carvalho, ao analisar a tipicidade aberta do artigo 59 do Código Penal, que estabelece as circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria da pena: “No caso do estudo da aplicação da pena, possível perceber claramente como os tipos penais abertos são preenchidos pela lógica inquisitorial, motivo pelo qual a limitação da

minucioso de elementos exteriores aos descritos no próprio tipo, em razão de palavras ou expressões que precisam da referência - normativa, linguística ou cultural - para serem corretamente interpretadas, passando a fazer sentido.⁵² Caso típico é o dever de cuidado, essencial na descrição dos tipos culposos constantes na lei penal brasileira.⁵³

O uso de elementos normativos e tipos abertos será abordado em algumas partes desta pesquisa, em que pese o tema central seja as normas penais em branco, por tratarem-se também de importante e recorrente forma de assessoriedade administrativa e reenvio. Muitos dos problemas – e soluções – discutidos na doutrina a respeito de tipos abertos e elementos normativos são essenciais para o debate daqueles pertinentes ao presente tema.

Importante referir que, no que tange à assessoriedade administrativa, há também normas penais que fazem referência a um ato específico a ser emanado por órgão do Executivo, como ocorrem em muitos tipos penais da Lei n. 9605/98, os quais trazem expressões como “licença ambiental”. A doutrina denomina essa técnica em sentido estrito,⁵⁴ uma vez que, aqui, a complementação não se dará por norma, mas sim por decisão. Essa espécie de reenvio também será analisada ao longo da pesquisa.

Em apertada síntese, Fábio Guaragni preleciona sobre as formas de reenvio aventadas:

Dogmaticamente, sem exceção, estas categorias levam a tipos penais com problemas – reais ou aparentes – de integração. Nas normas penais em branco, o branco deve ser integrado por outra norma. Os tipos abertos exigem fechamento pelo intérprete. Os elementos normativos invocam juízos de valor cujo exercício é cometido ao juiz, bem como à ação do agente ministerial, quando da narrativa do fato na denúncia. Por fim, a

discricionariedade judicial é fundamental para a inversão do atual direcionamento hipercarcerizador” (CARVALHO, 2010, p. 250).

⁵² O tema é bastante polêmico na doutrina espanhola e alemã, havendo diferenciações formais e funcionais possíveis. Salienta-se aqui a conceituação de Dulce María Santana Vega, para quem as leis penais em branco seriam remissões expressas, enquanto os tipos penais abertos e seus elementos normativos seriam remissões tácitas. A semelhança é que ambos precisariam de regulação normativa extrapenal (caso das leis penais em branco heterônomas). Ainda, salienta a diferença entre elementos normativos e elementos valorativos, pois os primeiros teriam seu significado explicitado em outras normas, enquanto os segundos dependeriam de avaliações culturais e, por consequência, maior interpretação para serem compreendidos. (SANTANA VEGA, 2000, p. 55-56) Destaque-se que há entendimentos contrários, como o de Ana Elisa Liberatore Bechara, que entende ser possível a remissão tácita também nas normas penais em branco. Para a autora, a diferença estaria na função estrutural ou semântica do complemento. Enquanto nas normas penais em branco os elementos objetos de remissão dizem respeito indiretamente a um tipo, cuja descrição já possui sentido, mas cuja execução está condicionada ao adimplemento de prescrição extrapenal, o elemento normativo é unidade de sentido constitutiva do tipo, que deve ser interpretada conforme a norma alienígena. Assim, a finalidade da remissão na norma penal em branco seria completar um vazio, já no elemento normativo o tipo já estaria completo, necessitando apenas de interpretação especial com auxílio de outras áreas. (BECHARA, 2017, p. 218 e 219).

⁵³ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. P. 226.

⁵⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade**. P. 231.

remissão a um ato administrativo concreto evoca a existência – ou não – de um ato integrador proveniente do Poder Executivo. (...) Por hora, interessa salientar o ponto comum: para todas as categorias dogmáticas citadas, ainda que de modos diversos e a partir de momentos distintos, a tipificação de uma conduta impõe a necessidade de invocar elementos não contidos, decisiva e peremptoriamente, no tipo, ou contidos de modo deficitário. (GUARAGNI; BACH, 2014, p. 25).

A origem da conceituação das chamadas leis penais em branco está em Karl Binding,⁵⁵ que constatou, ao longo de seus estudos sobre a estrutura das normas penais, a existência de algumas leis chamadas imperfeitas, que denominou leis penais em branco. O autor verificou a flexibilidade dessas leis, nas quais a matéria de proibição alterava-se facilmente de acordo com as mudanças que sofrem os fatos aos quais elas se referem. Pablo Alflen, dentre outros, em estudo sobre as normas em branco, também reconhece o autor alemão como o primeiro a nomear o instituto.⁵⁶

Posteriormente, esse conceito foi ampliado por Edmund Mezger, que estipulou três categorias para esse tipo de norma: quando o complemento está na própria lei; quando está em outras leis emanadas da mesma autoridade legislativa; e quando é feito por norma de instância legislativa diversa. O autor afirma ainda que:

En estas llamadas leyes penales en blanco en sentido amplio encontramos el tipo y la sanción separados externamente; con la sanción aparece tan sólo ligada de manera inmediata una referencia al necesario complemento: por tanto, la sanción está ligada sólo con un tipo que necesita ser complementado. Procede distinguir tres formas: el complemento se halla contenido en la misma ley. Aquí se trata tan sólo de un problema de pura técnica legislativa. (...) El complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa. (...) El complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa; éstas son las leyes penales en blanco en sentido estricto. (MEZGER, 1955, p. 396).

Para Andrei Zenckner Schmidt, apenas no terceiro caso se pode falar em lei penal em branco, ou seja, quando o limite da conduta proibida é ditado por outra instância legiferante. É o que ocorre nos casos em que, para evitar sucessivas mudanças legislativas, propicia-se a outros agentes públicos a incumbência de preencher partes do conteúdo da norma. Ela deve, no entanto, estar justificada frente ao princípio da legalidade, sobremaneira

⁵⁵ BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**. Netherlands: Scientia Verlag Aalen. P. 161 e seguintes.

⁵⁶SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. P. 40.

em relação ao seu aspecto formal, que concerne aos princípios da separação de poderes⁵⁷ e da taxatividade.⁵⁸ O caráter taxativo da disposição penal se trata de uma das vertentes do dito princípio, que será detalhada na terceira parte desta pesquisa.

Inicialmente, pode-se definir leis penais em branco como preceitos incompletos, que dependem, para sua correta aplicação, de complementação, expressa ou tácita, por outra norma, geralmente de nível inferior. Essa segunda norma, que concretiza a obrigação enunciada na primeira, advém, na maior parte dos casos, de autoridade também hierarquicamente inferior ao legislador.⁵⁹

Em conceituação ligada à origem histórica do instituto, Franz Von Liszt define as leis penais que apresentam formas especiais, também chamadas leis acessórias, como espécies normativas nas quais o legislador apenas fixa as penas que comina, deixando a outros poderes ou autoridades a qualificação do fato. Esses podem vir a ser o Chefe do Estado, a administração dos negócios da justiça, a lei, a polícia estadual, ou mesmo a lei estrangeira.⁶⁰

Em conceito cunhado por Basileu Garcia, há quase quarenta anos, já se vislumbra alguns dos problemas que, ainda hoje, subsistem no estudo da norma penal em branco, demonstrando a pouca evolução sofrida pelo conceito até os dias atuais:

Por vezes, a lei penal, ao conceituar a infração, reporta-se a textos extrapenais, em vigor ou porvindouros, de cujo conteúdo ficam a depender os contornos e a própria existência da figura delituosa. Aí temos a chamada lei penal em branco, modalidade que, pela sua progressiva adoção, assume uma importância que de certo modo cerceia o império do princípio *nullum crimen*. Sim, porque surge tão difusa e imprecisa, em alguns casos, a complementação da norma penal, e obriga a tão intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime, que aquele dogma fundamental decai do seu valor como garantia contra imputações especiosas ou arbitrárias. (GARCIA, 1977, p. 156).

⁵⁷ A separação de poderes, consolidada como a forma de repartição de competências Estatais entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, é doutrina adotada por grande parte dos governos ocidentais, dentre eles o brasileiro. Originária do período iluminista, a teoria apregoa que, para evitar-se o abuso de poder, este deve ser dividido de modo a ser freado pelo próprio poder: “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”. (MONTESQUIEU, 1999, p. 165-168).

⁵⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. P. 157-158.

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. **Leis penais em branco e o princípio da reserva legal**.

⁶⁰ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tomo I. P. 137.

A doutrina majoritária, ao definir o instituto, não se opõe, em um primeiro momento, à sua constitucionalidade. Para o autor espanhol Luzón Peña, as normas penais em branco são compatíveis com o ordenamento, porém devem ser adotadas quando absolutamente necessário, configurando medida excepcional, que não pode se revestir de mero caráter de conveniência para o Legislador.⁶¹

É, no entanto, bastante limitado o debate acerca das questões problemáticas que envolvem esse instituto, havendo pouca literatura sobre os requisitos de validade das normas em branco, os quais deveriam estar taxativamente estipulados, principalmente para os casos em que o elemento complementador da norma não emana do Poder Legislativo.

Outra problemática decorrente desse tema diz respeito à possibilidade de retroação benéfica da norma em branco que, por possuir conteúdo mutante, acarretaria, a cada modificação, novas hipóteses de *abolitio criminis*.⁶² Sobre esse tema há bastante dissidência doutrinária, uma vez que, para muitos autores, a proibição, à moda das leis temporárias, fazia sentido quando estava vigente, devendo ser mantidas as condenações pelos atos que a contrariaram naquele período.

Esse é o posicionamento de Nelson Hungria⁶³, bem como de Magalhães Noronha (1977, p. 90): “Pronunciamo-nos, em princípio, pela irretroatividade. (...) Só influi a variação da norma complementar quando importe verdadeira alteração da figura abstrata do Direito Penal, e não mera circunstancia que, na realidade, deixa subsistente a norma”.

Há, no entanto, outra corrente, defendida por Basileu Garcia:

A solução mais favorável é a preferível, não pela simples circunstancia de ser a mais branda, o que, na dúvida, constitui sempre uma razão a atender em assunto de repressão criminal. A nosso ver, a disposição extrapenal de que se entretece a norma penal em branco – corpo à procura de alma, como se exprimia Binding – impregna-se do cunho penal, como parte que passa a constituir da figura delituosa. E por isso a retroatividade benéfica se impõe. (GARCIA, 1977, p. 157).

⁶¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**. P. 151.

⁶² A *abolitio criminis* se trata da exclusão, pela lei nova, da órbita penal em que se encontra um fato considerado criminoso pela legislação anterior. É uma hipótese de descriminalização que extingue a punibilidade, arquivando processos em curso e cessando a execução das sentenças condenatórias, mesmo transitadas em julgado. (ASSIS TOLEDO, 1994, p. 34).

⁶³ “As leis penais em branco não são revogadas em consequência da revogação de seus complementos (outra norma legal ou regulamentos, portarias ou editais expedidos pela autoridade administrativa, e condicionantes de sua aplicação). Não obstante a cessação destes, continuam elas em vigor, apenas faltando os elementos ocasionais para sua ulterior aplicação”. (HUNGRIA, 1976, p. 137).

Por fim, essencial ressaltar que mesmo questões relativas a processo penal podem ser discutidas a respeito das normas penais em branco, como o dever do acusador de, na denúncia, referir e expor a norma complementar, especificando sua origem e suas disposições. Sem tal providência, a denúncia estaria eivada de inescapável inépcia, pois a tipicidade da norma penal em branco só se complementa com o preenchimento de sua lacuna: “O complemento da norma penal em branco deve ser indicado ainda que sua existência e aplicabilidade pareçam óbvias” (FRAGOSO, 2004, n.145).

Introduzido o instituto da norma penal em branco, bem como algumas das questões polêmicas que o envolvem, é preciso sistematizar quais os seus tipos e possibilidades de complementação.

2.1. Os tipos de normas penais em branco

Destacando-se a análise sistemática do instituto, essencial à sua crítica pormenorizada, salienta-se que a doutrina criou algumas classificações que, em teoria, auxiliariam na melhor compreensão do conceito de normas penais em branco. Muitas dessas nomenclaturas, frise-se, pouco acrescentam ao conteúdo e ao desenvolvimento de ditas normas; porém, lançam alguma luz sobre as possibilidades de complementação, sendo abordadas nesta tese por sua função didática.

A primeira classificação existente as divide em leis em branco em sentido amplo, impróprias ou homogêneas, e leis em branco em sentido estrito, próprias ou heterogêneas. As primeiras teriam seu complemento determinado pela mesma fonte legislativa, como a lei emanada pela União. Um exemplo dessa modalidade seria o tipo penal do artigo 237, do Código Penal, sobre o casamento com impedimento conhecido. Os impedimentos para o matrimônio encontram-se elencados no artigo 1.521 do Código Civil. Há, por consequência, homogeneidade nas fontes.⁶⁴

As normas homogêneas se dividiriam, ainda, em univitelinas, quando o complemento estiver no mesmo texto legal,⁶⁵ emanado pela mesma fonte legiferante, e bivitelinadas ou

⁶⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. P. 224.

⁶⁵ Importante salientar que há autores que, inclusive, sequer consideram leis penais em branco aquelas que são complementadas por outros artigos do mesmo Código, por considerarem este um corpo global, sendo admissível a interpretação contextual que leva à completude dos tipos penais ali previstos uns pelos outros. Nesse sentido: **El concepto de ley penal en blanco**, de Dulce María Santana Vega, p. 30. Nas palavras de Frederico Horta: “Considera-se, portanto, como lei penal em branco, não apenas aquelas cujo complemento provém de instância normativa diversa, como os atos regulatórios da administração pública e, no caso

plurivitelinas, quando o complemento estiver em outro texto legal, porém emanado pela mesma fonte. Nota-se que tal classificação, novamente, pouco ou nada acrescenta à discussão do tema.

Já as leis penais em branco em sentido estrito seriam aquelas complementadas por fonte legislativa diversa, procedente de outra instância legislativa ou de setor administrativo, como a lei de Economia Popular e o tabelamento de preços, ou a Lei 11.343/2006 e a respectiva portaria sanitária que disciplina as substâncias consideradas entorpecentes.⁶⁶ Há, portanto, diversificação no que tange ao órgão de elaboração normativa.⁶⁷ Importante salientar que o complemento pode ser preexistente em relação à norma, não havendo exigência de que venha a ser formulado posteriormente.⁶⁸

Dulce María Santana Vega apresenta a divisão entre leis penais em branco gerais e especiais. As gerais seriam aquelas que, para a determinação da conduta, fazem uma remissão genérica a outra norma, à qual cabe delimitar o objeto da proibição.⁶⁹ Em termos de direito penal, tais leis deveriam obrigatoriamente ser complementadas por outra lei, sob pena de grave infração ao princípio da legalidade.

Já as leis penais em branco ditas especiais descrevem a ação ou omissão de forma mais precisa. A função da complementação, nesse caso, seria determinar em que âmbito e sob quais circunstâncias a ação ou omissão passa a ser objeto da norma e, portanto, punível. Aqui a arbitrariedade da instância que complementa é reduzida.⁷⁰

Há, ainda, a classificação das normas penais em perfeitas e imperfeitas. Nas normas perfeitas estariam inclusas as primárias, as imperativas e as negativas. Já nas imperfeitas estariam as autorizantes, as declarativas, as secundárias, as suplementares e as normas penais em branco.⁷¹

Por esse esquema, entender-se-iam as normas perfeitas como as que oferecem, primeiramente, o preceito e a sanção, dispensando qualquer questionamento sobre um ou

brasileiro, as leis estaduais ou municipais, mas também as que remetem a outra lei em sentido formal, que tal como a lei penal resulte do devido processo legislativo federal. Em todo caso, como é a ausência do preceito o que caracteriza a lei penal em branco, essa só se dá quando a determinação daquele estiver total ou parcialmente delegada a outro ato normativo, regulamentar ou legislativo, e não quando a mesma lei, embora por disposições diversas, estabelecer tanto a sanção quanto a infração que lhe corresponde". (2016, p. 37).

⁶⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. P. 225.

⁶⁷ RESTANI, Diogo Alexandre. **Lei Antidrogas: norma penal em branco –utilidade**.

⁶⁸ JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. P. 65.

⁶⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. P. 29.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ AMERICANO, Odín I. do Brasil. **Manual de direito penal. Parte Geral**. Volume I. P. 26.

outro elemento. Quase a totalidade das normas que descrevem crimes seriam, então, normas ditas perfeitas.

Tais normas se classificam, como já referido, em primárias, que seriam as incriminadoras, imperativas, que seriam as que impõem um determinado comportamento, e negativas, que determinam um não-fazer.

Já as normas imperfeitas se caracterizam pela não definição expressa do preceito, ou pela não disposição direta da sanção aplicável. Nesse grupo estariam as normas que autorizam a prática de comportamentos que normalmente seriam crimes, as que declaram ou explicam o conteúdo de outras normas, as secundárias de conteúdo processual, as que apenas complementam o conteúdo de outras normas e, finalmente, as leis penais em branco, que necessitam de complementação.⁷²

Por último, pode-se dividir ainda as normas penais em branco em extensivas, restritivas e intermediárias. As extensivas seriam as que, por si só, não expressam de maneira completa o sentido do tipo penal, necessitando sempre de complementação. Já as restritivas são as que, na sua complementação, remetem o aplicador à legislação de hierarquia inferior. Por último, as intermediárias são aquelas em que o complemento se encontra fora do tipo penal.⁷³

É importante fazer referência às chamadas normas penais em branco às avessas ou ao revés, que seriam as leis penais que determinam a conduta e remetem a outro diploma o estabelecimento do preceito secundário, qual seja, a pena.⁷⁴ Um exemplo no direito brasileiro seria a Lei n. 2.889/56, que define o delito de genocídio, tipificando as penas por remissões às disposições do Código Penal. Trata-se de procedimento pouco usado, por tratar-se de técnica legislativa bastante defeituosa e problemática.

A lei que determina de forma detalhada o preceito e meramente faz referência, explícita ou não, a uma outra lei distinta, para definir algum elemento específico, não é caracterizada, pela maior parte da doutrina, como lei penal em branco, tratando-se apenas de um procedimento de constituição do direito: “*Sobre todo si tenemos presente la relación que existe entre el hecho jurídico según el ordenamiento jurídico y el delito como hecho ilícito penado.*” (CREUS, 1999, p. 71). Não se pode, para o autor, aplicar a classificação como norma penal em branco a procedimentos de índole claramente interpretativas, uma vez que

⁷² AMERICANO, Odín I. do Brasil. **Manual de direito penal. Parte Geral.** Volume I. P. 27.

⁷³ RESTANI, Diogo Alexandre. **Lei Antidrogas: norma penal em branco –utilidade.**

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por lei penal em branco ao avesso?**

o direito é ramo que depende de exegese constante para tornar-se claro, conhecido e válido, característica essa da qual não se exclui o direito penal.

Como já referido em trabalho anterior,⁷⁵ a interpretação sistemática do direito, muito recorrente na era contemporânea, exige do intérprete um conhecimento amplo, de forma a aplicar o direito penal sempre à luz de outros dispositivos que abordem a matéria, como, por exemplo, o direito constitucional e o direito internacional afeito aos direitos humanos, dando-se máxima efetividade aos princípios e valores preponderantes da matéria.⁷⁶ Esse procedimento não deve ser confundido com o instituto das leis penais em branco ou com a assessoriedade administrativa em geral.

Expostas as referidas classificações, passa-se a analisar os limites existentes na legislação e na doutrina a respeito da complementação normativa. Frise-se, por fim, que, em que pese este trabalho centrar atenção nas leis penais complementadas por regras administrativas, não se pode resumir a elas os problemas típicos da excessiva complementação, pois, muitas vezes, mesmo ocorrendo por outras leis, dá-se de forma problemática.

Vale referir que o termo deslegalização é usado nessa pesquisa de forma abrangente, visando a incluir os problemas referentes a normas excessivamente complementadas por outras leis, por regras administrativas, e mesmo o problema da assessoriedade em geral, como já referido. Sabe-se que mesmo as leis penais em branco complementadas por atos da mesma hierarquia podem apresentar problemas de legalidade, uma vez que a referência implícita feita a leis de outras áreas jurídicas pode vir a tornar bastante inacessível o conteúdo da proibição. Nesse caso, realiza-se uma deslegalização no sentido material do termo, ou seja, uma inadequação da conduta punível ao princípio da legalidade, não pelo fato de essa não estar prevista em norma emanada pelo Legislativo, mas por não apresentar características de taxatividade, previsibilidade e definição estrita da conduta punível.

2.2. Qual o limite da complementação?

O questionamento central desse tópico consiste em verificar de que forma se podem estabelecer limites ao uso da complementação. Ou seja, como se encontra determinado na

⁷⁵ Tratamos dessa questão na obra: **A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal**, de Chiavelli Facenda Falavigno.

⁷⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. P. 56.

doutrina o preciso momento em que a norma deixa de ser materialmente emanada pelo Legislativo, passando a Administração a exercer verdadeira função legiferante, determinando elementos centrais da constituição típica de determinadas condutas puníveis.

Em que pese a maioria dos tipos tradicionais serem determinados por normas ditas completas, a realidade é que os novos bens jurídicos surgidos, e as leis penais especiais que são promulgadas em sua decorrência, trazem, sim, um grande número de normas penais em branco e de outras formas de assessoriedade. Muitas vezes, aliás, tais tipos são bastante rigorosos, como no caso da famigerada gestão temerária, prevista no artigo 4º, parágrafo único, da Lei n. 7492.

Segundo Aníbal Bruno, é certo que a disposição legislativa que necessita de complemento deve trazer uma proibição; porém, essa pode ser enunciada de forma genérica. A norma integradora, ainda que estabeleça as condições ou circunstâncias que complementam o tipo, não deve, por si, determinar o preceito principal. Ela emana de fonte subsidiária e é importante, na medida em que determina as condições que irão constituir os elementos integrantes do tipo previsto na norma principal, o qual, se ocorrido, acarretará a imposição da sanção-pena:

A quantidade do preceito ausente, necessitada de complemento, pode variar desde o máximo, quando a lei em branco contém a proibição de infringir determinado dispositivo de outra lei ou regulamento e neste é que se encontra todo o conteúdo da infração proibida, até um mínimo em que o dispositivo complementar dá apenas sentido a um dos elementos do tipo. (BRUNO, 1978, p. 205).

Ou seja, depreende-se que o autor não impõe limite quantitativo a respeito do texto da norma complemento ser maior ou menor do que o texto da norma principal. A preocupação do doutrinador se centra na questão da importância de um e de outro mandamento. É essencial que, na norma principal, esteja o preceito proibitivo, aquele que deve permanecer fixo, e ostentar as características essenciais à lei como fonte principal do direito penal, sendo, portanto, acessível, de forma a propiciar segurança a quem deve obedecê-lo.

Magalhães Noronha, em concordância com o pensamento de Jimenez de Asúa,⁷⁷ acredita que, para que se preserve o respeito aos princípios da reserva legal e da divisão dos Poderes, é essencial que a fonte heterogênea se resuma à função de determinar as condutas

⁷⁷ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. P. 95.

puníveis dentro do círculo em branco, reduzindo-se o poder de complementação à faculdade de determinar um interesse secundário, um pormenor necessário à consecução da vontade do Legislador.⁷⁸

Novamente, depreende-se a preocupação do autor com a fonte da qual emana a norma, que traz em si obrigação de obediência. É perceptível que, de forma a evitar debates de cunho constitucional sobre a viabilidade democrática de uma complementação administrativa que extrapola sua função, há a necessidade, na doutrina majoritária, de que a complementação se dê sob um aspecto de menor relevância.

Não é outro o pensamento de Luiz Regis Prado, que, ao abordar o tema da limitação na complementação, já o faz na forma de alerta sobre a possibilidade de invasão de esferas de poder e dano intolerável ao princípio da legalidade:

Nada obstante, convém salientar que o uso dessa técnica legislativa pode ensejar em certos casos, ofensa ao princípio da intervenção penal legalizada (art 5º, XXIX; CF, art. 1º, CP). Para logo, infere-se que 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 da omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da absoluta reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade. (PRADO, 2002, p. 146).

É, portanto, imprescindível que o constante na lei penal esteja ali disposto de forma taxativa, descrevendo o núcleo essencial do injusto. A adequação e precisão deve ser tal a proporcionar o maior grau de inteligibilidade possível no próprio tipo criminal.⁷⁹ Ou seja, tipos que remetem a outras normas para definir elementos nucleares não preencheriam esse requisito, como o caso do artigo 68, da Lei n. 9605/98, que define os Crimes Ambientais, o qual tipifica a conduta de deixar (aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo) de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental. Nesse caso, tanto a origem do dever de agir quanto a própria obrigação objeto da ação não estão presentes na lei penal.

Erika Mendes de Carvalho, aprofundando a discussão em trabalho específico sobre a seara ambiental, salienta que a opção do legislador sobre a complementação administrativa denota claramente seus objetivos de política criminal, atribuindo diferentes funções dogmáticas à norma administrativa:

⁷⁸ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**. P. 59.

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. P. 146.

Se o legislador inclui a referência ao ato administrativo entre os elementos normativos do tipo objetivo, pretende que essa referência cofundamente o injusto específico de uma determinada figura delitiva. Se o ato administrativo lícito não condicionar a tipicidade da conduta, a conduta por ele amparada terá realizado todos os elementos típicos, isto é, terá satisfeito plenamente todos os elementos que fundamentam o ilícito penal ambiental. Nesse caso, a referência ao ato administrativo não cofundamentará o injusto penal ambiental. (MENDES DE CARVALHO, 2015, p. 26).

Para a autora, a assessoriedade administrativa pode, então, assumir uma dupla função. Quando presente no tipo, constitui elemento normativo, atuando, seja o ato ou o direito administrativo, como forma de medir a adequação social da conduta. Tal disposição se aplica a crimes de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato. Contudo, quando o complemento administrativo se encontra fora da esfera da tipicidade, eventual norma determinante autorizativa nessa seara, pode funcionar como causa justificadora, excluindo a ilicitude da conduta, quando será necessário maior *standard* de prova. Esse assunto será analisado com mais detalhamento na última parte da pesquisa, que buscará propor soluções para o problema que ora se expõe.

A norma penal deve ser, portanto, segundo a doutrina tradicional, expressão da vontade do Legislador, principalmente quando se abrem espaços para complementação em sentido estrito ou heterônoma, a qual passa a ser abordada no tópico subsequente, que debate a competência da administração e a relação do direito penal com esse outro ramo sancionador.

2.3. A função do direito administrativo

Conforme já referido, as leis penais em branco podem ser complementadas pela mesma fonte legiferante, caracterizando as normas ditas homogêneas, e por fonte distinta, caracterizando as normas chamadas heterogêneas. É precisamente sobre esse segundo tipo que se passa, nesse momento, a expor.

Primeiramente, sabe-se que a própria possibilidade de complementação normativa por meio de atos da administração pública é objeto de dissidências doutrinárias. Ao abordar o tema, Carlos Creus questiona a relação existente entre o direito penal e o direito administrativo, vendo o último também como ramo capaz de impor sanções e determinar comportamentos indesejáveis.

A grande questão que se põe é que, com a aceitação da complementação administrativa, inegavelmente estar-se-á admitindo que uma disposição diferente de lei em sentido formal, como um decreto, possa ostentar hierarquia de direito penal. Há, por consequência, duas distintas correntes doutrinárias:

Una corriente doctrinaria que admite que cualquier ley puede operar como complemento, ya proceda del mismo órgano legislativo que sancionó la ley penal en blanco o de otros poderes legislativos (como podrían ser las legislaturas provinciales o hasta el derecho extranjero, si la ley en blanco se remite expresamente a él), rechaza la posibilidad de que el reglamento administrativo pueda operar como complemento, pues ello implicaría una forma de delegar en el poder administrador la facultad de crear delitos, lo cual desconoce el principio de legalidad. (CREUS, 1999, p. 72).

Nessa modalidade, estariam abrangidos pela permissão os regramentos ditados apenas pelo próprio Congresso que sanciona a lei penal, mesmo que de índole administrativa, rechaçando-se qualquer regramento dessa natureza advindo do Poder Executivo.

Importante salientar, ainda, que essa complementação feita a normas legais por regras administrativas não se dá apenas na esfera federal, ocorrendo também em sede de estados e municípios. Pode-se mencionar, nesse sentido, as leis ambientais, no que tange à definição das Unidades de Conservação, as quais são mencionadas no artigo 40, da lei n. 9605.⁸⁰ Tais unidades são reguladas pelo artigo 22, da Lei 9.985, que outorga ao Poder Executivo, por meio de ato, a responsabilidade pela sua criação. Esse ato está regulado, por sua vez, pelo decreto 4.340, que, em razão da competência comum presente no art. 23, VI, da Constituição Federal, não limita ao Poder Executivo Federal a possibilidade de criação de novas Unidades.

Ainda, no que tange aos delitos de pesca, por exemplo, é farto o uso de complementação oriunda de outras esferas de poder, seja de atos administrativos de caráter geral, seja de leis extrapenais federais ou estaduais, ou mesmo de tratados internacionais.⁸¹ Nesse sentido:

Em matéria de pesca, que é imersa em uma realidade natural e socioeconômica tão complexa, não se admitiria uma regulação penal

⁸⁰ Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização: Pena - reclusão, de um a cinco anos.

⁸¹ GOMES, Luís Roberto. **Crimes de pesca no direito brasileiro: aspectos fundamentais da proteção penal de peixes, crustáceos e moluscos**. P. 376.

independente sem a necessária agilidade proporcionada pelos complementos técnicos. A lei penal que se arvorasse de independência absoluta das normas administrativas reguladoras da pesca seria, fatalmente, condenada à não-aplicação, tanto por ser incapaz de promover a proteção equilibrada dos recursos pesqueiros no ambiente aquático como por frenar o desenvolvimento econômico proporcionado pela pesca sustentável. Além do caráter extremamente dinâmico e mutável dos fatores ambientais que influem nos ambientes aquáticos, a imensa casuística regulada pelas normas administrativas de pesca, marcadamente pelas dimensões continentais características do Brasil, impediria qualquer tentativa de ser abarcada pela lei penal. (GOMES, 2011, p. 372).

Por fim, quanto à complementação por outras esferas de Poder, é necessária a referência aos delitos tributários, uma vez que a competência arrecadatória se encontra dividida entre União, estados e municípios, sendo inerente que os decretos e portarias estaduais e municipais também venham a influenciar e assessorar a norma penal no que tange a impostos que não são recolhidos aos cofres públicos. Da mesma forma, a influência do procedimento administrativo fiscal, que suspende a ação penal⁸², pode se dar na esfera da relação entre a justiça e os órgãos administrativos federais ou estaduais.

A outra corrente, restringindo a abrangência do princípio da legalidade, admitiria a complementação da lei penal em branco por regulamentos de índole administrativa advindos também de órgãos da Administração. Essa é, a princípio, a que parece prevalecer no direito penal brasileiro, citando-se, para tanto, a posição de Aníbal Bruno:

O dispositivo que completa a lei em branco pode estar contido na mesma lei penal, ou provir do mesmo órgão legislativo ou de ato de autoridade diferente. Pode ser outra lei da mesma fonte donde emanou a lei penal, ou leis ou regulamentos originários de outros poderes. (BRUNO, 1978, p. 205).

Há, no entanto, vozes dissonantes na doutrina pátria, como a do já citado Paulo Queiroz:

Pessoalmente, tenho 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. (...) Semelhante ato viola, por conseguinte, a um tempo, ainda que oblíqua e subtilmente, 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

⁸² Essa questão, principalmente no que tange à importância da súmula vinculante n. 24, será analisada posteriormente nesse capítulo, em tópico específico sobre a deslegalização no direito penal econômico.

poderes, já que é aquele poder, e não o legislativo, quem acaba legislando em um tal caso. (QUEIROZ, 2015, s/p.).

A posição do autor se baseia principalmente nos tipos penais previstos na Lei n. 11.343/2006, a qual delega ao Ministério da Saúde a determinação das substâncias consideradas entorpecentes para o fim de classificação como drogas, tema que será abordado em tópico específico.

Porém, ainda que prevaleça a aceitação da possibilidade de complementação normativa por ato emanado de órgãos da Administração Pública e, portanto, não pertencentes à esfera do Poder Legislativo, esse procedimento não fica, de forma nenhuma, imune a críticas.

Zaffaroni e Pierangeli, ao abordarem a tutela penal, administrativa, fiscal e econômica nos casos de delitos financeiros, tecem conclusões essenciais ao tema. Para os autores, a esfera econômica tem sofrido uma verdadeira inflação de regramentos administrativos, seja pelos que buscam sancionar em sua própria modalidade, impondo penas que, a princípio, deveriam ter finalidade preponderantemente reparatória, seja por meio da vasta complementação às normas penais. A confusão legislativa e de meios sancionatórios nessa esfera é tão grande que as próprias leis de natureza administrativa se parecem, cada vez mais, com normas de natureza penal, impondo sanções gravosas sem, contudo, oferecer ao acusado as garantias próprias do sistema retributivo.⁸³

Visando a proporcionar um maior grau de clareza sobre o ora exposto, passa-se a analisar quais normas de natureza administrativa podem ser aceitas na complementação às leis penais em branco, determinando suas características e os órgãos competentes para sua elaboração.

2.4. Espécies normativas administrativas e o desvio de suas funções

Uma vez que se está abordando, nessa parte da pesquisa, a função regulamentar exercida pela Administração, mister se faz uma incursão na seara do direito administrativo, visando explanar quais as espécies aptas a promover a dita complementação das normas penais em branco.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral**. P. 138.

O próprio vocábulo regulação comporta, em sede de direito administrativo, diferentes concepções, sendo grande parte delas ligadas a atividades econômicas:

Certo está que, independentemente da noção adotada como referência, o sentido do vocábulo regulação indica uma atividade (atuação ou intervenção do Estado no ou sobre o domínio econômico) e uma finalidade (organização da economia capitalista, correção de falhas de mercado, distribuição de riqueza, combate ao poder econômico, distribuição de benefícios entre as indústrias). (...) (se) define a regulação como toda forma de organização com a presença do Estado da atividade econômica, seja por meio da concessão de serviço público, seja pelo exercício de poder de polícia, incluindo as medidas de cunho legislativo e administrativo por meio das quais o Estado determina, controle ou influencia o comportamento dos agentes econômicos. (SANT'ANA, 2010, p. 369).

Busca-se, no entanto, nessa pesquisa, um estudo mais abrangente, que analise a regulação administrativa de forma geral, uma vez que esta interfere em diversas normas penais, na forma de complementação.

Conforme Carlos Ari Sunfeld, a globalização e a internacionalização dos mercados também gera efeitos nos procedimentos regulatórios da Administração, pois

ao conceber e aplicar suas normas — aqui está o ponto — o Estado passa a fazê-lo em função das necessidades mundiais de organização da vida econômica, social e política; pior ainda, essas imposições tornam-se determinantes da própria dimensão do Estado, da profundidade de suas intervenções, do limite de seus poderes. (SUNFELD, 2001, p. 4).

Ademais, prossegue o autor afirmando que, atualmente, além dos diversos órgãos dos quais podem emanar regulações, como agências e institutos, as próprias fontes normativas são várias, devendo haver uma análise conjunta de regras constitucionais, legislativas e regulamentares em cada setor:

Por óbvio, a multiplicação das fontes normativas tende a tornar mais complexa, por isso mesmo mais rica e mais problemática, a discussão em torno do direito aplicável a cada situação concreta da vida administrativa. A era do direito global vem incorporar novos blocos a esse universo normativo, introduzindo complexidades ainda maiores no sistema, conseqüentemente aumentando os conflitos de normas. (SUNFELD, 2001, p. 7).

Para Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, a regulação administrativa passa hoje por uma renovação:

De um lado, o conceito de regulação estatal se transmuta por força da mudança nos padrões de relacionamento entre Estado e Sociedade, pela ampliação dos campos de atuação regulatória estatal e mesmo pela introdução de fortes instrumentos de atuação estatal sobre as relações econômicas (afirmação do direito do consumidor e fortalecimento do direito da concorrência). A regulação, preliminarmente entendida como campo da atuação direta e indireta do Estado sobre o domínio econômico, vive uma profunda mudança de campos, instrumentos e finalidades. (MARQUES NETO, 2002, p. 13).

Tais mudanças estão longe de provocar um processo de redução da intervenção estatal. Ao contrário, o que se dá é um fortalecimento da atividade regulatória, ampliando-se os campos a ela sujeitos. Aliás, um fenômeno observado é que a própria retirada do Estado da execução de certas atividades, que passaram a ser exercidas por particulares através de parcerias, concessões, permissões, etc., ao invés de implicar a menor intervenção pública nessas esferas, redundou na necessidade de fortalecimento de sua regulação por meio de atos normativos públicos, gerando o que se pode chamar de intervencionismo indireto.⁸⁴

Tais atos, do ponto de vista jurídico, necessitam cada vez de maior especificidade, visando a bem regular setores com diversas peculiaridades, o que dá origem a subsistemas jurídicos com princípios, conceitos e procedimentos próprios, segmentando os instrumentos de regulação de acordo com o setor.⁸⁵

Em primeiro lugar, deve-se salientar que os ditos atos regulatórios emitidos por órgãos pertencentes à Administração constituem, antes de tudo, os chamados atos administrativos genéricos. No entender de Maria Sylvia Zanella di Pietro, atos administrativos são a declaração do Estado, ou de seu representante, que produz efeitos jurídicos imediatos, regida pelo direito público e sujeita ao controle do Poder Judiciário. Tal declaração não pode eximir-se de observar as disposições legais.⁸⁶

Tendo em vista que são inúmeros os critérios classificatórios existentes na doutrina no que tange aos atos administrativos, elege-se nessa pesquisa os dois mais relevantes, para fins críticos e didáticos, visando a posterior abordagem do fenômeno da deslegalização. Os critérios estudados nesse título abordarão a divisão dos atos administrativos em sua forma e conteúdo, adotando-se, para tanto, os critérios e conceituações expostos na obra de Maria Zylvia Zanella di Pietro.⁸⁷

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Nova regulação dos serviços públicos**. P. 14 e 15.

⁸⁵ *Ibidem*. P. 17.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. P. 205.

⁸⁷ *Ibidem*. P. 237- 246.

De acordo com o conteúdo, podem os atos administrativos dividirem-se nos seguintes tipos: autorização, licença, admissão, permissão, aprovação, homologação, parecer e visto. Já no quesito formal, dividem-se em decreto, resolução, portaria, circular, despacho e alvará.

Há várias correntes e definições a respeito da autorização administrativa. Prevalece que, em sentido amplo, esta corresponda a ato unilateral e discricionário pelo qual se faculta a um particular o uso de bem público, a prestação de um serviço público ou a prática de ato legalmente proibido sem o referido consentimento. A autorização encontra embasamento no poder de polícia do Estado sobre a atividade privada.

Já a licença consiste em ato unilateral, porém vinculado, segundo o qual se faculta a um particular que preencher os requisitos legais o exercício de determinada atividade. A licença é ato declaratório de direito pré-existente, sendo bastante utilizado na seara do direito ambiental. Essa conceituação é relevante principalmente quando se trata do já mencionado problema da assessoriedade do ato, que centra o tipo penal no conteúdo constante em licenças e outros atos administrativos autorizadores.⁸⁸

De menor importância para o tema discutido na pesquisa, tem-se a admissão, que é ato pelo qual se reconhece ao particular o direito à prestação de um serviço público e a permissão, que concede ao particular a utilização privada de bem público ou a execução de serviço público. Há ainda a aprovação, que visa a exercer o controle posterior e discricionário sobre ato administrativo, funcionando como uma espécie de referendo, e a homologação, que constitui ato unilateral e vinculado pelo qual se reconhece a legalidade de outro ato administrativo, analisando-o posteriormente.

Por fim, destaca-se o parecer, pelo qual um órgão consultivo, pertencente à Administração, emite opinião sobre assunto técnico ou jurídico que esteja em sua competência. O parecer pode ter caráter facultativo ou obrigatório, constituindo sua solicitação, no último caso, um pressuposto para a prática do ato. O parecer pode ser vinculante, que corresponde ao de obrigatória adoção pelo órgão solicitante, ou não vinculante.

A última modalidade analisada, no que tange ao conteúdo dos atos administrativos, é o visto, que se trata de um ato pelo qual se atesta a legitimidade formal de outro ato.

⁸⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. P. 74.

A segunda classificação pertinente a essa pesquisa diz respeito à forma dos atos administrativos. Para tanto, novamente utilizaremos as conceituações presentes na obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro.⁸⁹

A primeira modalidade de ato seriam os decretos, os quais podem dirigir-se a todas as pessoas, de forma geral, ou a pessoa ou grupo específico, de forma individual, devendo ser emanados pelo Chefe do Poder Executivo, seja federal, estadual ou municipal. Os decretos gerais podem ser regulamentares e de execução, quando visam a proporcionar a fiel execução da lei, conforme previsão disposta no artigo 84, IV, da Constituição Federal; ou independentes e autônomos, quando disciplinam matéria não regulada por meio de lei.

Importante salientar que o decreto só é considerado ato administrativo em sentido estrito quando possui efeito concreto, sendo o decreto geral um ato normativo, semelhante, tanto em conteúdo quanto em efeitos, à própria lei. Uma subclassificação pertinente apontada pela já citada autora seria quanto à diferença existente entre a lei propriamente dita e o decreto regulamentar. A primeira seria ato normativo originário, pois cria direito novo ao ser emanada pelo Legislativo, Poder que possui essa competência em virtude de disposição constante na Carta Maior. Já o segundo seria ato normativo derivado, só possuindo autoridade para estabelecer normas explicativas para a correta execução do que já se encontra disposto na lei.

Resoluções e portarias seriam aqueles atos emanados por autoridade administrativa diversa do Chefe do Executivo. Tais atos podem ser gerais ou individuais. Circulares seriam instrumentos utilizados para transmitir ordens internas em setores administrativos, enquanto despacho seria o ato que contém decisão sobre assunto de interesse individual ou coletivo, submetido à apreciação da autoridade que o emitiu.

Finalmente, alvará seria o instrumento que confere licença ou autorização a particular para a prática de um ato ou para o exercício de uma atividade submetida ao poder de polícia. Trata-se da forma exterior pela qual se revestem os referidos atos de conteúdo autorizativo.

Pergunta-se, após essa análise, quais desses atos podem servir de complemento à norma penal em branco. Tendo em vista a ausência de qualquer disposição legislativa ou doutrinária que eleja, de forma taxativa ou exemplificativa, quais atos possuem as características necessárias ao exercício da função normativa, tem-se que, a princípio, qualquer deles poderia exercê-la, salientando-se a importância de decretos, resoluções e portarias.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. P. 237- 246.

Frise-se que a doutrina brasileira carece de aprofundamento a respeito da complementação das normas penais em branco. O próprio debate acerca da possibilidade de atuação administrativa para suprir a lacuna da norma, ou se tal preenchimento deveria ser feito somente por meio de lei, encontra-se ainda pouco explorado, merecendo ser tema de mais pesquisas acadêmicas, seja pelo viés do direito penal, seja na seara do direito administrativo.

A referência constante que se tem na doutrina, ao abordar a questão do complemento na norma branco, é que esse deve ser feito através de regulamentos administrativos. Contudo, a própria noção do que seria um regulamento encontra-se nebulosa entre os administrativistas pátrios.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, regulamento não constitui uma nomenclatura propriamente dita, e sim uma designação que, em diferentes épocas, contextos e países, tem servido para enquadrar atos com características distintas. Assim, o que se pode afirmar apenas é que regulamento constitui ato de caráter geral e normalmente abstrato, o qual pode ser expedido por autoridade distinta daquela responsável pela edição das leis, qual seja, o Legislativo.⁹⁰

Conforme os ditames do princípio da legalidade, norma que prevalece tanto na seara penal quanto na administrativa no direito brasileiro, o regulamento trata-se de ato subordinado, dependente de disciplina legislativa. Em comentário ao disposto no artigo 5º, II, da Constituição, bem define Celso Antônio Bandeira de Mello:

Note-se que o preceptivo não diz “decreto”, “regulamento”, “portaria”, “resolução” ou quejandos. Exige *lei* pra que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas. (BANDEIRA, 2014, p. 349).

Em suma, assim como nas outras esferas, o direito penal, o direito administrativo e o direito constitucional não abrem mão da regulação máxima pelo princípio da legalidade. Afinal, o Estado de Direito tem por principal fundamento a defesa do indivíduo contra o excesso de poder, sendo nesse sentido a orientação da legislação, ou seja, uma fórmula asseguradora da previsibilidade, ainda mais quando se trabalha em ramos do direito eminentemente sancionadores.

⁹⁰ BANDEIRA, Celso Antônio de Mello. **Curso de direito administrativo**. P. 341.

A finalidade do regulamento é, então, facilitar o cumprimento e a compreensão de leis que pressupõe uma interferência de órgãos administrativos para aplicar o que nelas está disposto, sem predeterminar de forma exaustiva a forma exata em que deve dar-se a atuação da administração. Depreende-se daí que a edição de regulamento cabe apenas em leis que digam respeito a matérias afeitas à atuação de órgãos da administração, devendo essa atuação se dar com alguma margem de discricionariedade.⁹¹

O regulamento tem por finalidade estabelecer padrões para que os agentes administrativos não se guiem por critérios díspares na aplicação e na execução da lei, tratando uniformemente os indivíduos e consagrando o princípio da igualdade.⁹² Da mesma forma, ao complementar a norma penal em branco, visa a estabelecer critérios que tornam não apenas possível, mas também igualitária a aplicação da dita norma punitiva.

Afinal, não se poderia prender o indivíduo por tráfico de drogas sem que houvesse, para esse fim, a disposição de substâncias consideradas entorpecentes. Verdadeiras arbitrariedades ocorreriam se fosse deixado ao alvedrio do policial ou do magistrado, em concreto, essa determinação, o que minaria qualquer possibilidade de tornar previsível a conduta, uma das vertentes da legalidade, na consciência do cidadão, que sofre a intervenção penal.

O objeto de competência dos regulamentos seria basicamente o estabelecimento de regras procedimentais, para reger condutas que órgãos administrativos deverão observar, para tornar efetivo o disposto na lei, bem como concretizar e especificar disposições constantes na lei com alto grau de generalidade e abstração.⁹³

Importante frisar que, no que tange especificamente a decretos, referidos pela Carta Constitucional por vezes como regulamentos, esses seriam de competência privativa dos Chefes do Poder Executivo, com possibilidade de delegação aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, conforme o parágrafo único do artigo 84, da Constituição. No entanto, as resoluções e portarias, que também serviriam à complementação de normas em branco, seriam da alçada dos demais órgãos administrativos.

A estas últimas, frise-se, assim como a instruções, regimentos, e outras espécies gerais de atos administrativos, também se aplica, com mais ênfase, as limitações estudadas no que tange aos regulamentos, pois são hierarquicamente inferiores ao próprio. Oriundas

⁹¹ BANDEIRA, Celso Antônio de Mello. **Curso de direito administrativo**. P. 356.

⁹² *Ibidem*. P. 357.

⁹³ *Ibidem*. P. 366.

de autoridades subalternas, não pode o Executivo, por meio delas, exprimir poderes de forma dilatada:

Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos ou restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. (...) Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebe-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da administração direta ou indireta. (BANDEIRA, 2014, p. 374).

Finalizando essa análise, é importante salientar que, na doutrina administrativista pátria, encontra-se um alerta inicial, em termos gerais, sobre o tema desta pesquisa. Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que, muitas vezes, os limites normativos do regulamento são desrespeitados, ocorrendo verdadeira delegação legislativa disfarçada, o que seria vedado pelo ordenamento pátrio.

De forma reiterada, aduz que não cabe ao regulamento criar direito ou obrigação nova, nem ampliar restrição que não esteja contida, previamente, em disposição legal. Compete, portanto, privativamente à lei estabelecer as condições de aquisição ou de limitação de dado direito. A lei que, portanto, limita-se a transferir ao Poder Executivo o poder de ditar e disciplinar, por si mesmo, as condições ou meios necessários à restrição de um direito, configura também hipótese de delegação disfarçada, o que é, sem dúvida, inconstitucional:

Entre nós, este procedimento abusivo, inconstitucional e escandaloso foi praticado inúmeras vezes e do modo mais flagrante possível. Nisto se revela o profundo descaso que, infelizmente, nossos legisladores têm tido na manutenção das prerrogativas do Poder em que se encartam, demonstrando, pois, um cabal despreço pela Constituição e – pior que isto – olímpica indiferença pela salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos. (BANDEIRA, 2014, p. 363).

Passa-se, no tópico seguinte, a abordar uma questão muito pertinente para a parte criminal deste estudo, que são as searas em que se torna mais provável a ocorrência da deslegalização, devido à recorrente complementação administrativa das normas sancionadoras. Tal análise só pode ser feita com base no critério que orienta todo o sistema punitivo pátrio, qual seja, o da seleção de bens jurídicos penalmente relevantes.

3. Os bens jurídicos protegidos por normas que necessitam de constante complementação

Ao definir as normas penais em branco, Luiz Regis Prado acrescenta importante referência às matérias mais afeitas a esse procedimento:

Em princípio, o Direito Penal deve definir de modo autônomo os pressupostos de suas normas, evitando a remissão a outras regras do ordenamento jurídico. Ainda assim, 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*), cuja origem remonta ao pensamento de Carlos Binding. (PRADO, 2002, p. 145).

Francisco Muñoz Conde e Mercedes Garcia Arán, ao conceituarem as normas penais em branco, salientam que há diversos critérios a serem considerados. Desse modo e levando-se em conta questões procedimentais, pode-se definir as normas em branco por uma concepção ampla ou por uma concepção restrita.

Pela concepção mais ampla, classifica-se como norma em branco mesmo a que contém o complemento na própria lei. Já a concepção mais restrita considera apenas a complementada por norma emanada por autoridade hierarquicamente inferior.

No primeiro caso, torna-se quase impossível distinguir a norma penal em branco daquela meramente incompleta em algumas conceituações e, no segundo, admitir-se-ia limitações impostas ao legislador por si mesmo na tarefa de fazer leis, como se esse passasse a depender de uma competência agora transferida a um órgão administrativo, o que não se admite.

Assim, o conceito de lei penal em branco adotado pelos autores é traçado, com mais facilidade, pelas matérias que estas abordam, as quais se relacionam com ramos do ordenamento jurídico de fins e alcances muito diversos daqueles próprios da norma penal:

La regulación de determinadas actividades peligrosas para la sanidad de un país, su orden económico, el medio ambiente, etc. – por sólo citar los sectores en los que se da más frecuentemente este tipo de técnica legislativa -, está fuertemente condicionada por las circunstancias histórico-sociales concretas. La actividad legislativa en estos sectores es incesante: a una ley sigue otra que poco después la modifica, un reglamento que la desarrolla, etc. Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de

la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco. (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 1996, p. 36-37).

Pode-se, a partir de tais ensinamentos, iniciar uma discussão sobre um instituto basilar em matéria de direito penal brasileiro, qual seja, o bem jurídico. Denota-se do acima exposto, portanto, que, antes de se analisar exemplos concretos de normas penais em branco, buscando auferir se nelas ocorre ou não a excessiva complementação, é essencial que se constate que o fenômeno não acontece de forma equitativa em todas as matérias reguladas pelo direito penal. Existem, sim, searas específicas nas quais se faz sentir uma maior necessidade de complementação administrativa, sendo que tais matérias podem ser diferenciadas e elencadas com base nos bens jurídicos protegidos pelas referidas normas penais.

Assim, dentro do imenso número de bens existentes, o direito elege aqueles que reputa dignos de proteção, como: a vida, a honra, a propriedade, etc. Nota-se que nem todo o bem é um bem jurídico, merecedor de proteção especial, principalmente em sede de incidência do direito penal. Protegem-se apenas alguns bens, contra algumas formas de agressão.⁹⁴

Contudo, quem ou o que está apto para caracterizar quais são esses bens jurídicos dignos de tutela? Diversas são as correntes que visam a responder essa questão, as quais variam desde concepções sociológicas, baseadas na existência de uma indemonstrável consciência coletiva; até as correntes mais legalistas, que vinculam diretamente a eleição de um bem como jurídico à sua proteção pela Constituição.⁹⁵

Importante salientar que se vive, atualmente, um movimento de expansão dos bens jurídicos tuteláveis pela via penal⁹⁶, o que será detalhadamente abordado no último tópico do primeiro capítulo desta pesquisa. As constantes mudanças sociais e o surgimento de novos bens jurídicos, afeitos a uma terceira e supostas quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, têm dado azo a ilícitos penais que tutelam os mais diversos setores da economia, da política, da tecnologia, da cultura, entre outros.

⁹⁴ ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de direito penal**. P. 15-17.

⁹⁵ ROXIN, Claus. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen**. P. 23.

⁹⁶ HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Moderno Direito Penal**. P. 58.

Os movimentos de neocriminalização, sejam motivados por clamores sociais e demandas por segurança pública, sejam motivados por técnicas jurídicas expansionistas, como doutrinas que advogam pela existência de imperativos jurídico-constitucionais de criminalização,⁹⁷ tornam cada vez mais corriqueira a presença, no Código Penal ou em leis extravagantes, de condutas penalmente puníveis sem critério algum sobre a dignidade penal do bem tutelado. A subsidiariedade e a fragmentariedade do direito penal são, assim, colocadas em xeque no dia a dia do legislador, que busca soluções para os mais diversos problemas Estatais sempre pelo mesmo meio, qual seja, o aumento do controle penal.

De forma a se ater aos limites desse trabalho, limita-se a dizer que o legislador penal se encontra, atualmente, inserido em um emaranhado de demandas sociais, com o surgimento de novos bens a cada dia. Esses, muitas vezes, acabam sendo tutelados por normas penais acríticas, sem que se possa auferir a validade ou mesmo a pertinência dessa rigorosa escolha de proteção.

Nesse sentido, passa-se a analisar as normas penais que tutelam alguns bens jurídicos específicos, nos quais, rotineiramente, é necessário o vultoso uso de complementação administrativa. Muitas vezes, tal complementação é a que determina elementos constantes nos principais e mais gravosos tipos presentes no diploma legal.

3.1. Direito penal ambiental

O direito penal ambiental é, sem dúvida, um campo bastante fértil para a discussão que se constrói nessa pesquisa. Sendo o meio ambiente um direito difuso, oriundo da terceira dimensão de direitos fundamentais, a qual corresponde os direitos transgeracionais, de solidariedade e fraternidade, tem-se que toda sua disciplina legal apresenta questões polêmicas e problemáticas.

Conforme dispõe Luis Greco, a relação entre as duas matérias, quais seja, penal e administrativa, é tão intrínseca que, por vezes, o direito penal ambiental disciplina condutas que parecem proibir não qualquer lesão ao bem jurídico protegido, e sim aquelas que também contrariam o direito administrativo. Daí surgem uma série de complexidades, sejam de natureza política geral, sejam de caráter especificamente jurídico.⁹⁸

⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. P. 439.

⁹⁸ GRECO, Luís. **A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa**. P. 154-155.

Conforme Helena Regina Lobo da Costa, a assessoriedade administrativa em matéria ambiental pode se dar de três formas: por meio de complementação conceitual, normativa e de por ato concreto. A primeira se dá pelo uso, na norma penal, de definições constantes em regulamentos administrativos. A segunda, como já referido nesse trabalho, quando a norma penal está redigida de forma incompleta, necessitando de norma administrativa geral para ter significado completo. Já no último caso, ocorre a referência, na norma penal, de ato administrativo completo, que passa a integrar o tipo, como no caso de conduta que se torna criminosa por ser praticada sem a devida licença ou permissão.⁹⁹

Merecem destaque a importação de conceitos administrativos para dentro dos tipos penais, como “florestas de preservação permanente”, bem como a ocorrência de remissão, na norma penal, a atos administrativos específicos, como ocorre no artigo 39 da Lei 9.605/98 – que fala em permissão da autoridade competente, ou a atos administrativos gerais, que seria ao próprio direito administrativo como um todo, caso do artigo 38 da mesma lei –, que salienta ser a conduta punível quando ocorre com infringência a normas de proteção, sem qualquer especificidade. Sabe-se, porém, que tais normas de proteção, em matéria ambiental, são de caráter administrativo.¹⁰⁰ Luis Greco destaca ainda que mesmo os tipos que não referem de forma explícita as normas administrativas, como é o caso do crime de poluição, previsto no artigo 54 da lei penal ambiental, não podem abrir mão de um exame de compatibilidade com as normativas daquela seara, no momento de sua aplicação.

Por fim, há ainda a questão de origem das normas, pois a forte influência do direito penal alemão, sofrida pelos doutrinadores e legisladores brasileiros ao tratarem de questões de deslegalização em matéria ambiental, deixa margem para uma grande incompatibilidade na esfera administrativa, uma vez que o direito administrativo brasileiro não possui qualquer identificação com o direito administrativo alemão: “Enquanto o nosso direito penal é fortemente influenciado pelo direito alemão, não se pode dizer o mesmo do direito administrativo” (GRECO, 2006, p. 162).

A própria hierarquia do meio ambiente como bem jurídico de relevância penal é bastante recente, hoje consolidada pela Lei n. 9605/1998. Os crimes contra o meio ambiente são, ademais, os únicos no ordenamento brasileiro a abrangerem a responsabilização penal da pessoa jurídica, tema ainda controverso na doutrina pátria.

⁹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo**. P. 192-201.

¹⁰⁰ GRECO, Luís. **A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa**. P. 161.

Especificamente sobre a questão da complementaridade administrativa das ditas normas, tem-se que esta é inescapável por diversos motivos. Em primeiro lugar, porque o meio ambiente constitui bem de bastante mutabilidade, seja por razões naturais, como os longos processos de regeneração após o dano, seja por razões geográficas, como condições de solo e de clima. A restauração de áreas degradadas, por exemplo, apresenta diversos estágios, sendo bastante difícil que se elabore toda a regulamentação por meio de legislação estática:

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. (SIRVINSKAS, 1998, n. 73).

Ainda, no Brasil, há uma série de órgãos responsáveis por emitir normas, licenças e autorizações concernentes a assuntos ambientais, bem como por fiscalizar o desenvolvimento de atividades junto à natureza. Tais órgãos, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a Secretaria do Meio Ambiente (SEMA), o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), dentre outros, dificilmente poderiam ser excluídos de auxiliar na disciplina legal que envolve a matéria.

Por fim, é inegável que o meio ambiente necessita, para sua devida regulação, de normas de índole eminentemente técnicas,¹⁰¹ afeitas a espécies, a sementes, a épocas e formas de plantio, de colheita e de uso de agrotóxicos, etc., o que dificilmente poderia ser feito apenas pelo legislador. Tais normas, que necessitam de pareceres de especialistas da área, como agrônomos e biólogos, também precisam ser constantemente atualizadas, não apenas em razão das mudanças naturais, mas também em virtude de novas pesquisas e descobertas, as quais modernizam o manejo ambiental, apresentando formas que podem diminuir custos ou reduzir os danos naturais na agricultura.

Ademais, deve-se admitir que o uso do meio ambiente é necessário à sobrevivência humana, de forma que, invariavelmente, alguns danos podem ser causados a esse bem jurídico, devendo o sistema apenas limitá-los e autorizá-los, quando justificados. O uso concomitante do direito administrativo deve permitir que ambos os sistemas sancionadores,

¹⁰¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito.** P. 66.

penal e administrativo, dialoguem, de forma que não disponham de proibições contraditórias.¹⁰²

Contudo, na prática, ocorrem diversos problemas para a compatibilização entre esses sistemas. São várias as possibilidades de relacionamento entre essas normas, que podem variar de uma total independência a uma total vinculação.¹⁰³ No primeiro caso, visando a evitar contradições em virtude da natureza flexível do bem jurídico tutelado, seria necessário que a norma penal fosse composta por indicativos não vinculantes, à moda das cláusulas gerais do direito civil. Tal procedimento feriria de morte a segurança jurídica e a legalidade, uma vez que o direito penal não é campo afeito à flexibilização em matéria de proibição.

Já no modelo de absoluta dependência, o tipo passaria a tutelar a mera desobediência administrativa, sendo então o direito penal um mero meio ou instrumento que assegura a eficácia do sistema administrativo ambiental, o que também não é possível pela inadequação à teoria de proteção do bem jurídico.¹⁰⁴

Nesse contexto, pode-se apontar alguns dos tipos mais problemáticos constantes na Lei n. 9605/98, iniciando-se pelo disposto no artigo 60, o qual criminaliza a prática de quem instala ou faz funcionar serviços potencialmente poluidores sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes. Nessa disposição se nota a ocorrência de assessoriedade do ato – assessoriedade administrativa em sentido estrito –, pois o núcleo do tipo será o constante na licença ou autorização ambiental, o que já apresenta problemas de taxatividade e de competência para determinação do tipo. Ainda, denota-se clara tutela dos serviços da Administração por meio do direito penal, que passa a ter a função de tornar mais rígida a obrigação de cumprir o que manda o administrador. Aqui, o que complementar a norma não será uma regulação geral da Administração, e sim uma decisão por ela emanada no caso concreto, conforme Alamiro Velludo Salvador Netto.¹⁰⁵

Em matéria de complementação, sabe-se que o licenciamento ambiental está regulado pelo artigo 10 da Lei n. 6.938/81, alterado pela Lei Complementar n. 140, de 2011,

¹⁰² COSTA, Helena Regina Lobo da. **O direito penal ambiental e normas administrativas**. P. 18-19.

¹⁰³ Importante salientar que essa divisão é explicitada na obra de Norberto de Mata Barranco, que aponta a adoção de sistemas penal e administrativo absolutamente dependentes na proteção do meio ambiente na Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França e Inglaterra, sistemas absolutamente independentes na Alemanha, Portugal, Polônia, Dinamarca e Holanda, e sistemas mistos novamente na Alemanha, Áustria, Espanha, Suécia e Suíça. (MATA BARRANCO, 2000, n° 2).

¹⁰⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. P. 69-71.

¹⁰⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade**. P. 231.

a qual estabelece quais atividades devem ser licenciadas pelo Ibama, quais devem ser licenciadas por órgãos estaduais e quais devem ser licenciadas por órgãos municipais. Trata-se, portanto, de norma penal em branco em sentido amplo, eis que a complementação se dá por meio legal. Frise-se que, antes da promulgação da dita lei, a complementação era feita pela Resolução n. 237/97 do CONAMA, o que desencadeou doutrina, apontando a inconstitucionalidade em razão da matéria de competência ambiental ser afeita à reserva legal.

O procedimento para o licenciamento é realizado por um único ente federativo, conforme artigo 13, da Lei Complementar n. 140. Porém, o parágrafo primeiro do mesmo artigo deixa margem para manifestação dos demais órgãos quando interessados, causando insegurança no intérprete.

Importante salientar, ademais, que o artigo 60 faz referência ao descumprimento de normas legais e regulamentos pertinentes, tornando possível o cometimento do delito em questão mesmo para o portador da devida licença ambiental:

Toda essa insegurança é ainda potencializada pelo fato de o art. 60 da Lei nº 9.603/98 se referir à prática da conduta “sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentações pertinentes”. Teoricamente, mesmo portando a licença, se o empreendimento desrespeitar normas legais e regulamentações, ainda pode praticar o delito. Este quadro representa apenas um nó de um grande emaranhado de questões que exsurtem da chamada “assessoriedade administrativa” no Direito Penal Ambiental. Muitos outros existem, como a utilização de normas técnicas altamente sofisticadas e de difícil compreensão nos regulamentos que complementam as normas administrativas (que, por sua vez, complementam o tipo penal...). (COSTA, 2005, p. 18-19).

A criminalização do descumprimento de normas e regulamentações técnicas é o que a doutrina espanhola e a alemã chamam de remissões dinâmicas, encontrando problemas de fonte do direito, uma vez que, em alguns casos, essas normas sequer são emitidas por instituições públicas, deixando de cumprir exigências relativas à forma de publicação. Nesse sentido, o prejuízo do conhecimento do conteúdo dessas leis é ainda mais evidente.¹⁰⁶

Nota-se, portanto, que o artigo apresenta diversas formas de incidência e incriminação, bem como uma série de remissões imprecisas, que desencadeiam forte insegurança no aplicador da norma.

¹⁰⁶ SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. P. 46.

Importante salientar que não é esse o único tipo penal previsto na legislação ambiental que depende, de forma essencial, da complementação administrativa, sob pena de ter impossibilitada sua aplicação. Exemplo é o artigo 29, que tipifica a caça sem ou em desacordo com a permissão, licença ou autorização da autoridade competente. Nesse caso, é necessário regulamento que defina a autoridade competente, o que caracteriza a norma penal em branco, bem como expedição de permissão, licença ou autorização que empreste conteúdo material à proibição, o que caracteriza a assessoriedade do ato.

Da mesma forma se encontram estruturados os tipos previstos no artigo 30, que criminaliza a exportação de couros sem a autorização da autoridade ambiental competente, e o artigo 31, que define como crime a introdução de espécie animal sem parecer técnico oficial e licença de autoridade competente.

Há ainda os tipos relativos à pesca, presentes nos artigos 34 e 35, segundo os quais não se pode realizá-la em períodos, lugares e por meios definidos como proibidos por órgãos e autoridades competentes.

No que tange à preservação da flora, tem-se o emblemático artigo 38, que faz referência, sem qualquer definição, à proibição de destruir ou danificar florestas nas áreas consideradas de preservação permanente. O conceito de áreas de preservação permanente se encontra na Lei n. 12.651/12, configurando, então, a chamada norma penal em branco em sentido amplo.

Ainda, o mesmo tipo criminaliza a utilização da dita floresta com infringência às normas de proteção, sem fornecer qualquer esclarecimento sobre o diploma em que se encontram essas normas, se são de natureza legal ou também administrativa. Importante salientar que o crime ainda possui modalidade culposa, o que torna mais problemática sua definição aberta e com remissões incompletas. No mesmo sentido dispõe o artigo 39, que criminaliza o corte de floresta de preservação permanente ou sem a permissão de autoridade dita competente. Há ainda o artigo 45, que define como crime o corte de madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, sem apontar a autoridade ou o ato a que se refere.

A ausência de licença da autoridade competente faz parte, ademais, dos tipos dos artigos 51, sobre comercialização de motosserra, do artigo 52, sobre o ingresso em Unidades de Conservação, e do artigo 55, sobre extração de minerais. Já o artigo 56 criminaliza o manejo de substância tóxica em desacordo não apenas com o estabelecido em leis, mas também nos regulamentos que complementam essas leis, sendo uma espécie de remissão à outra norma penal em branco e seu respectivo complemento.

Nos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, os quais também são de questionável relevância penal, o artigo 62 tipifica a destruição de bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, tratando-se de norma penal em branco que permite diversas formas de complementação. Da mesma forma, o artigo 64 estipula como crime a alteração do aspecto de estrutura protegida por lei, ato administrativo ou decisão judicial em razão de seu valor cultural.

Por fim, não se pode deixar de referir o tipo do artigo 68, já mencionado nessa pesquisa, que tipifica como crime deixar (aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo) de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental. A falta de taxatividade da previsão é tamanha que não se pode apontar, com segurança, se a dita obrigação deve estar prevista em alguma legislação ou regulamento ou se pode surgir de forma ocasional. Ainda, o dever legal também não encontra qualquer especificidade, se deve basear-se ou não em vínculo próprio de cargo público, e o dever contratual, por sua vez, também carece de qualquer segurança sobre sua origem e fundamento.

3.2. Direito penal econômico

O setor dos crimes econômicos é outro grande campo para a pesquisa sobre deslegalização e complementação normativa. Isso se deve a uma variedade de fatores, como a mutabilidade constante do setor comercial, muitas vezes em razão do direcionamento de políticas econômicas, ou a grande quantidade de órgãos responsáveis por investigar e manter dados atinentes a transações financeiras, como bancos, empresas, conselhos, etc.:

(...) propugna-se por um tratamento diferenciado relativamente aos delitos econômicos. As técnicas empregadas na sua tipificação preferiram o emprego de normas penais em branco, de tipos de perigo (concreto e abstrato), de elementos normativos, de cláusulas gerais e da supressão de qualificadores do elemento subjetivo do tipo. (ESTELLITA SALOMÃO, 2011, p. 161-162).

O bem jurídico tutelado nos crimes econômicos é difuso, supraindividual ou coletivo, pois não corresponde, de forma direta e linear, à economia ou à ordem econômica.¹⁰⁷ Os

¹⁰⁷ Importante salientar que há divergência doutrinária nesse ponto. Luciano Anderson de Souza, por exemplo, entende que o bem jurídico dos delitos econômicos corresponderia, sim, à ordem econômica (SOUZA, 2012, p. 56-59). Esse debate não será feito nesse trabalho pois não é o cerne dessa pesquisa.

tipos presentes nessa seara não lesionam um único bem jurídico, sendo necessário um raciocínio amplo, que busque encontrar, para cada tipo, o bem que o torna legítimo. As características dos bens nos diversos campos de incidência do direito penal econômico vão demonstrar se é ou não viável a incidência da tutela penal, ou se outra seara do direito pode impor sanção mais apropriada.¹⁰⁸

A administrativização desse setor é apontada como causadora de diversos efeitos negativos. O principal deles é a desconsideração dos limites inerentes para a aplicação do direito penal,¹⁰⁹ que passa a apresentar um aspecto confuso, viabilizando a exacerbação do punitivismo já típico de nossa cultura jurídica atual. Ainda, é recorrente a incidência do *bis in idem*, com punições rígidas da mesma conduta sob diferentes vestimentas: ora penal, ora administrativa.

Tanto é notória a assessoriedade administrativa nesse setor que é a cada dia mais comum os procedimentos do chamado *compliance*,¹¹⁰ que visam a adequar os feitos internos da empresa a inúmeras normas legais e administrativas, visando a evitar futura responsabilização penal,¹¹¹ na medida em que é cada vez mais difícil que se conheçam todos os regramentos que devem ser seguidos no exercício das atividades comerciais:

Dada a infinidade e complexidade de normas regulatórias para as mais diferentes atividades, empresas e instituições desenvolveram setores voltados única e exclusivamente para tal finalidade: assegurar que as regras a elas destinadas sejam cumpridas, evitando-se problemas jurídicos e de imagem. (...) Como dito, o marco regulatório administrativo de diversos setores é detalhado, dinâmico e complexo. Como boa parte de tais normas complementa normas penais em branco, ou é levada em consideração na interpretação de tipos penais abertos, seu descumprimento pode levar —

¹⁰⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada.** P. 107.

¹⁰⁹ Ibidem. P. 115.

¹¹⁰ Conforme Enrique Bacigalupo, as consequências das crises econômicas típicas do capitalismo hodierno trazem como um de seus efeitos o aumento dos deveres empresariais, cuja infração pode levar à responsabilização administrativa ou penal. No futuro, será cada vez maior a existência de subsistemas normativos com intuito regulatório, os quais dão origem a normas com ameaça de sanção, que se somarão as já existentes. A questão da prevenção do risco dessa responsabilização normativa aumentara, então, na mesma proporção, o que já se pode visualizar por meio dos programas de *compliance*. (BACIGALUPO ZAPATER, 2012, p. 26).

¹¹¹ Importante destacar que, como apontam Helena Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho, diferentemente do direito penal, o intuito do *compliance* é atuar de forma preventiva, evitando-se o descumprimento de normas e a conseqüente violação do bem jurídico. Assim, a harmonização dos dois sistemas, principalmente no que tange à futura responsabilidade penal do *compliance officer*, ainda encontra bastante dissidência, principalmente em sede jurisprudencial. Tal dissidência reside principalmente no fato de que, embora este tenha conhecimento das normas e de seu conteúdo, seu poder de decisão dentro da empresa é extremamente limitado, subordinando-se aos administradores e restringindo-se, na maioria dos casos, ao seu aconselhamento e à orientação. (COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 229).

direta ou indiretamente — à responsabilidade penal. (BOTTINI, 2015, s/p.).

Conforme Enrique Bacigalupo:

Tomando en serio esta situación hemos comenzado a comprobar que en medio de la acumulación de regulaciones fiscales, de seguridad en el trabajo, del mundo financiero, de protección del medio ambiente, de las exigencias contables, etcétera, establecido por autoridades de distinto rango nacional y, en su caso, como en Europa, supranacional, el empresario está casi determinado a adoptar decisiones, en gran medida, a ciegas. Una ceguera que, sin embargo, no exonera de responsabilidad cuando se la pudo evitar. (BACIGALUPO, 2012, p. 31).

Por *compliance* se entende um programa elaborado e executado pela empresa com o fim de prevenir o cometimento de crimes, o que se dá por meio de procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas e monitoramento de cumprimento de regras, diminuindo o risco da atividade pela obediência a lei e regulamentos existentes em todos os setores pertinentes à atividade econômica. Com isso, evita-se não apenas os gastos decorrentes de processos por violações das normas, mas também sanções penais a serem aplicadas a dirigentes da empresa, o que causa impacto pessoal e também de imagem, sendo decisivo para o bom andamento da dita pessoa jurídica.¹¹² Ou seja, a expansão do direito penal na economia, pela própria natureza da matéria, não se dá de forma isolada, e sim intrincada com noções e normas de direito bancário, tributário, econômico, etc.¹¹³

Conforme Vicente Greco e João Daniel Rassi, a necessidade de programas de *compliance*, mesmo em empresas de pequeno porte, foi enfatizada com o advento da Lei 12.846/13, a qual previu expressamente o procedimento em seu artigo 7º, inciso VIII,¹¹⁴ como um critério a ser considerado na imposição de sanções.¹¹⁵ Frise-se que a existência do programa de *compliance* tem mais influência na dosimetria das sanções de pessoas jurídicas

¹¹² FARIA, Aléxia Alvim Machado; BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Criminal compliance em lavagem de dinheiro: uma introdução conceitual e regulamentar**. P. 192.

¹¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro**. P. 621.

¹¹⁴ Art. 7º - Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

¹¹⁵ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O compliance das pequenas e médias empresas: a realidade brasileira**. P. 217-221.

que físicas, uma vez que nessas preponderam, no cálculo, os critérios subjetivos, à luz da exigência da culpabilidade.¹¹⁶

Muitas são as leis que regulam atividades econômicas no Brasil, além das disposições constantes no próprio Código Penal. Pode-se destacar a lei n. 7492/86, que disciplina os crimes contra o sistema financeiro nacional; a lei n. 8137/90, que disciplina os crimes tributários e os crimes contra as relações de consumo; a lei n. 9.613/98, recentemente reformada pela lei n. 12.683/12, que disciplina o crime de lavagem de dinheiro; a lei 1524/51, que disciplina os crimes contra a economia popular, dentre outras. Nesses diplomas legais, são vultosos os exemplos de normas penais em branco, seja as que dependem, para sua incidência, de complementação legal, seja as que dependem da polêmica complementação administrativa.

Importante salientar, nesse ponto, que a lei n 8.137, a qual disciplina os crimes contra a ordem tributária¹¹⁷ em seu artigo 1º, possui uma dependência do setor administrativo não apenas no que tange ao direito penal material, mas também no seu viés processual penal. Já que o início do procedimento de investigação fiscal se dá pela via administrativa, podendo haver ou não posterior questionamento do débito em processo judicial de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal se viu impelido a proferir a Súmula Vinculante n. 24, que assim dispõe: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”¹¹⁸

Ora, uma vez que o lançamento do débito é essencial para a configuração inicial de uma possível sonegação,¹¹⁹ e sendo o tipo penal absolutamente dependente da existência da dívida fiscal não adimplida e oriunda de ato ilícito, não se poderia iniciar um processo penal

¹¹⁶ AZEVEDO, David Teixeira de; AZEVEDO, André Dias de. **A lei anticorrupção e os programas de compliance**. P. 59.

¹¹⁷ Importante referir que há autores, como Luciano Anderson de Souza (SOUZA, 2012, P. 60), que compreende não estarem abrangidos os crimes tributários pelos crimes econômicos, uma vez que as figuras tutelam bens jurídicos distintos. Embora se concorde em parte com essa visão, ambos serão tratados no mesmo tópico nesse trabalho por questões didáticas.

¹¹⁸ Importante referir que, atualmente, tal disposição também se encontra em texto legal, conforme artigo 83 da Lei n. 9430: Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010).

¹¹⁹ Sobre o tema, importante mencionar o debate de Rogério Taffarello sobre a natureza jurídica da constituição do crédito tributário, se este seria condição objetiva de punibilidade, condição de procedibilidade da ação ou elemento normativo do tipo penal. Para o autor, a obrigação tributária configura elemento normativo do tipo, restando consumado o delito no momento da ação. Assim, equivocada está a tese do STF na Súmula Vinculante n. 24 que mantém suspensa a prescrição até o término do processo administrativo, uma vez que este seria apenas elemento da materialidade, essencial para a configuração da justa causa da ação penal, e não parte do *iter criminis*. (TAFFARELLO, 2009, p. 11; TAFFARELLO, 2011, p. 321-327).

sem que houvesse a materialidade mínima a respeito do dano causado ao Fisco. Assim Gabriela Carolina Gomes Segarra explicita o entendimento sumulado:

Com efeito, (...) os crimes elencados no art. 1.º e seus incisos da Lei 8.137/1990 são crimes materiais, isto é, pressupõe a supressão total ou parcial do tributo e, de acordo com a supracitada súmula, somente após a constituição definitiva do crédito é que poderá ser analisada a existência do elemento resultado, imprescindível à consumação do crime material, não podendo, antes desse momento, haver Ação Penal e, por consequência, condenação. Assim, após inúmeras discussões a respeito, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese da prejudicialidade da Ação Penal na pendência de discussão administrativa do crédito tributário. Isso porque, entendendo-se que o elemento nuclear do crime exige a supressão do tributo ou a sua redução – o que configura o crime de natureza material – não faz sentido condenar o contribuinte se a Administração Tributária, posteriormente, pode chegar à conclusão de que o tributo não era devido.(...) Portanto, frisa-se que a Ação Penal ajuizada antes do término da via administrativa se considera falta de tipicidade da conduta e, por conseguinte, falta de justa causa para a persecução penal e constrangimento ilegal. (...) Por derradeiro, mas não menos importante, ressalta-se que nos crimes contra a ordem tributária vigora o princípio da dupla tipicidade, isto é, faz-se necessária a caracterização de infração fiscal na esfera administrativa para que se configure um delito propriamente na esfera penal. (SEGARRA, 2015, s/p.).

Foi nesse sentido o julgamento do Habeas Corpus n. 81611, que serviu de parâmetro para a edição da súmula:

Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADIInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.¹²⁰

Dessa forma, o processo penal fica suspenso, assim como o prazo prescricional, até o julgamento definitivo do lançamento tributário na esfera administrativa, restando clara a absoluta vinculação do primeiro ao segundo. O ato administrativo, realizado por fiscais e órgãos ligados a esse setor, passou a ser, então, elemento da tipicidade do delito, e também condição de procedibilidade essencial ao início do processo penal. A polêmica do instituto

¹²⁰ HC 81611, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 10.12.2003, DJ de 13.5.2005.

ainda subsiste; porém, devido à natureza da súmula, qual seja, seu caráter vinculante, é esse o entendimento consolidado pela jurisprudência.

Ainda no que tange à Lei 8137/90, em seu artigo 2º, inciso II, esta criminaliza a conduta de quem deixar de recolher aos cofres públicos, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social descontado. Tal norma é, também, considerada em branco, porém em sentido amplo, pois tal prazo está estabelecido na lei tributária.¹²¹

Importante referir, ademais, no que tange à tipicidade de crimes econômicos que se encontra hoje vinculada a atos administrativos, a dificuldade de se conciliar tal fenômeno com o instituto da insignificância, também chamado de tipicidade material. Um exemplo é a recente alteração do parâmetro de valor para instauração de processo penal referente à sonegação de tributos federais.

A Portaria do Ministério da Fazenda n. 75, de 29.03.2012, passou de 10 mil reais para 20 mil reais o valor mínimo do débito que dá azo à execução fiscal. Tem-se que o Poder Executivo “atualizou” o valor previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 e o Superior Tribunal de Justiça passou a entender, por conseguinte, que o valor de 20 mil reais, estabelecido pela Portaria referida como limite mínimo para a execução de débitos contra a União, não pode ser considerado para efeitos penais como novo patamar de insignificância. Isso se dá, principalmente, em razão de dois argumentos: a) a opção da autoridade fazendária sobre o que deve ou não ser objeto de execução fiscal não pode ter a força de sobrepor-se ao exercício da jurisdição penal e b) não é possível majorar o parâmetro previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 pela expedição de uma portaria, que evidentemente não possui força normativa para revogar ou modificar lei em sentido estrito.¹²²

Já para o Supremo Tribunal Federal, o fato de a Portaria 75/2012 ter aumentado o patamar de 10 mil reais para 20 mil reais produz sim efeitos na seara penal, pois, se não há interesse da Administração em executar o débito, quanto menos haverá de punir penalmente o devedor, levando em conta o princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal.¹²³

No que tange aos tipos dispostos no Código Penal, como os artigos 359- A a 359-H, tem-se numerosas normas penais em branco em sentido amplo, quais sejam, as complementadas por disposição legal. Em que pese não ser esse o tipo normativo mais

¹²¹ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal econômico**. P. 440.

¹²² AgRg no AREsp 331.852/PR, j. em 11/02/2014. AgRg no AREsp 303.906/RS, j. em 06/02/2014.

¹²³ Precedente: STF. 1ª Turma. HC 120617, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 04/02/2014

problemático, pode-se dizer que ele não está isento, também, de conflitos de redação e compreensão.

Um exemplo é a disposição do artigo 359-F, que criminaliza a conduta de quem deixa de ordenar, autorizar ou promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei. O tipo depende de norma de direito financeiro que venha a fixar os limites a serem observados pelo agente público no empenho de despesas, usando de conceitos dispostos na Lei Complementar 101/2000.¹²⁴

Já o artigo 168-A, que tipifica a apropriação indébita previdenciária, faz clara referência ao recolhimento de contribuições no prazo e forma legal ou convencional. Caracteriza-se, portanto, como norma penal em branco, a ser complementada pela legislação previdenciária, como a Lei n. 8212/91 e o Decreto 3048/99.¹²⁵

No que tange à lei n. 7492/86, pode-se fazer referência ao artigo 22, que tipifica o delito de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. É indiscutível que o referido tipo se trata de norma penal em branco, a qual vem a ser complementada por circular do Banco Central, dito BACEN¹²⁶ assim como o artigo 12 da referida legislação, que dispõe sobre obrigação de apresentar informações, declarações ou documentos “nos prazos e condições estabelecidas em lei”.

O artigo 16 da mesma lei ainda faz uso da chamada assessoriedade do ato, quando tipifica como crime a operação de instituição financeira sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa.

Aliás, o próprio conceito de instituição financeira, utilizado em diversos artigos da dita lei, como o 3º, 4º, 10º, 12º, dentre outros, necessita, para sua total compreensão, de combinação entre o disposto no artigo 1º da referida n. 7492 com demais regulamentações do BACEN, normas administrativas. Ainda que tal complementação conceitual seja uma forma de assessoriedade administrativa que não corresponde propriamente à norma penal em branco, a estrutura da regra ali contida muito se assemelha a essa última, causando verdadeira dependência entre as duas esferas, penal e administrativa, no momento da interpretação e aplicação do tipo penal.

Inegável, ademais, a ocorrência dessa mesma modalidade de assessoriedade conceitual na definição de informação privilegiada, elemento nuclear do tipo penal de

¹²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal econômico**. P. 386.

¹²⁵ Ibidem. P. 496.

¹²⁶ LOPES, Anderson Bezerra. **Art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei nº 7.492/86: norma penal em branco, circulares Bacen e sucessão de normas no tempo: possibilidade de retroatividade do complemento?** N. 195.

insider trading, definido no artigo 27-D, da Lei n. 6.385, com redação dada pela Lei n. 13.506, de 2017. Nesse caso, o entendimento do CVM (Comissão de Valores Mobiliários) como aquele contido no artigo 2º, da Instrução n. 358 de 2002 do órgão, é essencial para a aplicação da norma penal.

Outro tipo penal que merece ser salientado é o constante no artigo 2º, inciso VI, da Lei 1.521/51, que tipifica a transgressão de tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, ou a exposição à venda de mercadorias ou serviços por preço superior ao tabelado, bem como a não manutenção, em lugar visível, das tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes. É notório que cabe, nesse caso, à autoridade administrativa a complementação da norma pela edição da dita tabela oficial, ou mesmo pela conceituação dos chamados serviços essenciais.¹²⁷

Por fim, são muitos os exemplos concretos de complementação legal ou administrativa nesse setor, restando claro ser um dos que mais sofre as consequências da chamada deslegalização, entendida em sentido amplo. Essas serão analisadas detalhadamente na terceira parte desta pesquisa.

3.3. Direito penal de Drogas

A lei n. 11.343 de 2006, inevitavelmente faz uso, desde seus primeiros artigos, a referências características das normas penais em branco, seguindo e acentuando o que já ocorria na antiga lei de drogas, n. 6.368/76. Na própria definição do que seria droga, sendo necessária a enumeração taxativa de substâncias assim consideradas de forma a preencher o ideal de previsibilidade e taxatividade da punição, o parágrafo único do artigo 1º enuncia: “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”.

Para Pablo Alflen, na expressão “em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” já residiria o primeiro grande problema dessa legislação. A ausência de posicionamento do legislador a respeito da origem da complementação legal, se deve advir de outra lei ou de atos normativos de categoria inferior,

¹²⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. P. 50.

abre a possibilidade de que o preenchimento se dê por ambas as fontes de forma concomitante, gerando vultoso risco de erro de proibição.¹²⁸

Tal disposição também se encontra no artigo 66 da norma, que expressa: “Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998”. Ou seja, novamente não se estabelece nenhuma vedação no sentido de se adotar as duas formas de complementação, ou ao menos a necessária exclusão de uma quando houver dupla regulação.

Em que pese o artigo 14, I, a, do Decreto 5.912/2006 estabelecer a competência do Ministério da Saúde para publicar as listas atualizadas das substâncias que causem dependência, deve-se ressaltar que tal decreto não tem o condão de afastar a disposição legal, que autoriza expressamente a regulação por meio de lei.¹²⁹

Ainda, ambos os tipos penais mais recorrentes previstos na lei, quais sejam, o constante no artigo 28, referente ao uso, e o constante no artigo 33, referente ao tráfico, trazem a seguinte disposição: “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. São, portanto, normas penais em branco não apenas na definição e enumeração das substâncias consideradas entorpecentes e causadoras de dependência, mas também no estabelecimento, por lei, regulamento ou autorização, das formas permitidas para o manuseio das ditas substâncias. Aqui, observa-se novamente a possibilidade do uso não excludente de mais de uma forma de regulação.

Importante salientar ainda que os tipos previstos nos artigos 35 (associação para o tráfico), 36 (financiamento ou custeio para o tráfico) e 37 (colaboração como informante) não trazem a expressão “drogas”. Assim, os ditos tipos fazem referência, primeiramente, aos artigos 33 e 34 da mesma lei, os quais, por sua vez, remetem ao artigo 1º e suas formas de complementação possíveis. Conforme Pablo Alflen, a chamada remissão sucessiva gera o que a doutrina alemã denominou “leis penais em branco qualificadas”, consideradas uma forma de uso abusivo da técnica legislativa. Aqui ficaria clara a ausência de segurança jurídica, que pressupõe clareza e precisão na definição do tipo penal, bem como evidente

¹²⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Sobre a técnica legislativa em matéria penal na lei de drogas**. P. 668.

¹²⁹ *Ibidem*. P. 669.

risco de delegação de poderes¹³⁰, tanto que já se manifestou a respeito o próprio Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença 283/2006.¹³¹

Como principal fundamento para a utilização da técnica legislativa complementadora na presente lei, tem-se as novas fórmulas químicas que podem, a todo momento, dar origem a tipos de entorpecentes até então desconhecidos, o que traz a necessidade de um meio célere para incluí-los na lei penal.¹³² Claro que tal raciocínio parte do pressuposto de admitir-se como necessária a intervenção penal na política de drogas, o que tem se tornado cada vez mais controverso entre os juristas, principalmente sob o ponto de vista criminológico.¹³³

Outra ideia que decorre dessa opção legislativa é que o surgimento de nova droga, por mais danosa que seja, só ensejará imputação penal a partir de seu acréscimo na portaria que complementa a lei.¹³⁴ Ainda, há controvérsia doutrinária a respeito da exclusão temporária de substância da listagem administrativa, como ocorreu no ano 2000 ao cloreto de etila, chamado lança-perfume. Enquanto há autores, como Paulo Queiroz, que defendem a ocorrência, nesses casos, da *abolitio criminis*,¹³⁵ estendendo os efeitos da dita exclusão aos condenados anteriormente pelo mesmo crime, há quem acredite, como Vicente Greco, que o raciocínio aplicado aqui deve ser o mesmo da lei temporária, não havendo retroação da não-incriminação.¹³⁶

Importante salientar, ademais, que na tutela da saúde pública enquanto bem jurídico,¹³⁷ como se verá mais adiante no estudo dos delitos previstos no Código Penal, o uso de normas penais em branco é bastante recorrente, tendo em vista a necessidade de

¹³⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Sobre a técnica legislativa em matéria penal na lei de drogas**. P. 671.

¹³¹ “De lo acabado de exponer podemos concluir que la integración de la ley penal en blanco recogida en el art. 403 CP no ha venido presidida únicamente por el Real Decreto 127/1984, sino además por un informe técnico carente, obviamente, de carácter normativo y por la resolución administrativa que aprueba el plan de formación de la especialidad médica. Esa difusa labor exegética operada por el órgano judicial viene motivada por el hecho de que, tal como denuncia el recurrente, el citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter. Expresado en otros términos, nos hallamos ante una suerte de “remisión normativa en cadena”, debiendo acudir, para determinar el contenido de la prohibición, en primer lugar al Real Decreto 127/1984, y descender después hasta una resolución administrativa reguladora de los planes de formación para con ella concretar los perfiles de actividad de la especialidad correspondiente.” Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5885>. Acesso em 02.02.2017.

¹³² RESTANI, Diogo Alexandre. **Lei Antidrogas: norma penal em branco –utilidade**.

¹³³ Nessa linha: **Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas**, de Salo de Carvalho, p. 68; **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga**, Orlando Zaccone D’Elia Filho.

¹³⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Tóxicos: prevenção, repressão**. P. 100.

¹³⁵ QUEIROZ, Paulo. **Notas sobre a lei de drogas**.

¹³⁶ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Tóxicos: prevenção, repressão**. P. 101.

¹³⁷ Não se ignora a discussão doutrinária existente a respeito da natureza e pertinência desse bem jurídico, a qual será abordada no segundo capítulo dessa pesquisa.

parecer técnico, por médicos e demais profissionais da área, na determinação do conteúdo material de muitas leis.

A Portaria n. 344, de 1998, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), é a que complementa a Lei n. 11.343, dispondo sobre os vários tipos de substâncias proibidas e sobre os procedimentos e autorizações necessários para seu manuseio. A competência da ANVISA para disciplinar a matéria é questionável,¹³⁸ uma vez que, por determinar o núcleo de tipos extremamente gravosos, há autores que apontam ser tema afeito à reserva legal.¹³⁹

Como preleciona Salo de Carvalho, desde a edição da passada lei de drogas, n. 6.368/76, havia vários problemas de redação e de técnica legislativa a serem apontados: como principal, a utilização da lei penal em branco; como secundários, o uso constante de tipos abertos sem precisão semântica e a proliferação de verbos nucleares do tipo para caracterizar o injusto. Com a publicação da lei atual, tal panorama não foi apenas mantido, mas reforçado. O que permanece, na visão do autor aqui ratificada, é um horizonte maximizado de incriminação, com a formação de um microsistema jurídico à parte no qual impera a rigidez, por razões de política criminal,¹⁴⁰ e a flexibilidade dos imperativos de base garantista normalmente associados à aplicação da lei penal.¹⁴¹

A lei em branco, afeita a áreas que se caracterizam pela constante alteração das formas de lesão, deu azo à teoria da reserva legal relativa, que substitui a reserva legal absoluta. Contudo, mesmo diante da dificuldade em se afastar tal técnica da tutela do direito penal de entorpecentes, o Legislativo continua a ser o único local democraticamente aceito para a produção de tipos penais. A variação constante de complementos e seus critérios jurisprudenciais e doutrinários de interpretação, bem como a proliferação dos tipos penais excessivamente complementados ou abertos, deixa razoável dúvida sobre a

¹³⁸ Saliente-se a existência da Ação direta de Inconstitucionalidade n. 4874 que questiona a competência da ANVISA para regular as substâncias passíveis de ser utilizadas na fabricação e importação de cigarros, o que foi feito através da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 14/2012.

¹³⁹ QUEIROZ, Paulo. **Tipos penais em branco e princípio da reserva legal.**

¹⁴⁰ O debate na doutrina sobre a necessidade de descriminalização é crescente, principalmente em termos criminológicos. Conforme Sebastian Scheerer, a história da criminalização de determinados tipos de drogas nos Estados Unidos simbolizou, antes de tudo, a perseguição de determinados grupos sociais. Assim, combater o álcool era uma forma de combater imigrantes, combater a maconha era uma forma de afastar os mexicanos e latinos, combater a cocaína era mais fácil que perseguir o movimento negro e, por fim, com o combate ao ópio podia-se facilmente chegar à população chinesa, uma grande ameaça em termos de mão de obra. (SCHEERER, 2016, p. 382). Em que pese os dados empíricos apontem pela total ineficácia da política proibicionista, a qual não concretiza os valores morais que visa a buscar, os que a endossam, por conservadorismo moral, defendem também um patrimônio cultural, já que “es posible que las leyes sobre drogas sean ineficaces, pero mientras sean las suyas, ahí se tienen que quedar” (SCHEERER, 2016, p. 383).

¹⁴¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil.** P. 185.

constitucionalidade desse procedimento, tendo em vista os vultosos malefícios que podem dele advir.¹⁴²

3.4. Outros subtemas do direito penal

Analisadas as condutas polêmicas a respeito da norma penal em branco, previstas na legislação penal extravagante, é essencial que se aponte não serem essas leis ou esses bens jurídicos, até então expostos, os únicos a apresentarem o problema da deslegalização na ordem jurídica brasileira. Muitos tipos previstos no Código Penal, mesmo sendo esse de 1940, já apresentavam características que apontam para uma excessiva remissão a regulamentos, decretos e outras normas de origem administrativa. Há, ainda, outros Códigos e legislações pátrias que possuem, em alguns tipos penais, dificuldades de compreensão e aplicação em virtude do vultoso uso da complementação.

Em primeiro lugar, no que tange especificamente ao Código Penal, ainda que se possa encontrar diversos artigos com essa característica, um capítulo que se destaca é o referente aos crimes da periclitación da vida e da saúde. Tais crimes não são, atualmente, de grande incidência nos tribunais pátrios; porém, para fins de tornar a presente pesquisa o mais completa possível, é essencial que se analise também essa questão.

É importante salientar que o fato de vários artigos constantes nesse capítulo fazerem remissões a disposições de natureza administrativa traz à tona a dificuldade de regular, pela via penal, questões afeitas à saúde. Tal conclusão é endossada quando se verifica a presença de tipos penais em branco também nos crimes direcionados ao dever de informar sobre epidemias, no capítulo referente aos crimes contra a saúde pública. E o mesmo problema também se faz sentir na lei de entorpecentes, já analisada em subtítulo anterior.

No que tange aos crimes de periclitación da vida e da saúde, os problemas de técnica legislativa, somados à baixíssima recorrência desses delitos na prática, ou a difícil comprovação de sua ocorrência, principalmente em razão da necessidade de prova de um

¹⁴² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. P. 188.

dolo muito peculiar, qual seja, o de transmitir doença¹⁴³ ou de criar perigo de transmissão,¹⁴⁴ e não o de lesionar ou matar, suscita um importante questionamento sobre a real pertinência de sua existência ou de sua tutela pela via penal. Esse raciocínio vem ao encontro de vários princípios orientadores da ciência penal pátria, como o da intervenção mínima e o da proporcionalidade, o último principalmente em suas duas primeiras vertentes: necessidade e adequação.¹⁴⁵

Passando-se a análise dos tipos, é possível verificar a incidência de norma penal em branco no tipo previsto no artigo 130, perigo de contágio venéreo, e no tipo previsto no artigo 131, perigo de contágio de moléstia grave. Ambos necessitam de complemento emitido por profissional da medicina,¹⁴⁶ prevalecendo, na doutrina, que o órgão responsável por fazê-lo é o Ministério da saúde, por meio de resolução.

Em que pese se encontrar também posicionamentos doutrinários no sentido oposto, classificando o conceito de moléstia grave como um mero elemento normativo do tipo¹⁴⁷ passível de ser suprido por interpretação judicial,¹⁴⁸ não se corrobora desse entendimento. Primeiramente, porque se está transitando em esfera de incidência do direito penal, sendo necessária a taxatividade e a previsibilidade dos elementos que descrevem o tipo, o qual, se realizado, pode resultar em pena privativa de liberdade. E, ainda, porque, no Estado de Direito, prevalece norma que apregoa a igualdade, sendo absurda a possibilidade de que dois casos exatamente iguais possam resultar, respectivamente, em sentenças diametralmente opostas em razão de se ter confiado a diferentes magistrados a classificação de uma determinada moléstia como grave ou não grave. Frise-se, ademais, que tal entendimento encontra-se fora do âmbito de conhecimento do juiz.

¹⁴³ O tipo previsto no artigo 131 é classificado, por Cezar Bitencourt, como delito de intenção: “Delitos de intenção requerem um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal. Trata-se, portanto, de uma finalidade ou ânimo que vai além da realização do tipo. As intenções especiais integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo, mas que não precisa ser alcançado efetivamente. .”(BITENCOURT, 2012, p. 490).

¹⁴⁴ Sobre o artigo 130, apregoa Cezar Bitencourt: “Não há, em nenhuma das hipóteses, qualquer intenção de transmitir a moléstia, tampouco a assunção do risco de transmiti-la, pois o dolo é de perigo. Mas o agente tem consciência do perigo de contágio, da possibilidade de que este ocorra, mas, a despeito disso, não desiste, mantém o contato libidinoso com a vítima, expondo-a a perigo.”(BITENCOURT, 2012, p. 463).

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. P. 116.

¹⁴⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial. Volume III**. P. 310-324.

¹⁴⁷ Importante salientar que os elementos normativos do tipo não se confundem com as normas penais em branco. Aqueles dizem respeito às possibilidades de significação e interpretação de palavras constantes na norma jurídica, enquanto estas são exemplos de reenvio e complementação legal, principalmente no que tange à dita norma penal em branco heterogênea.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal comentado**. P. 721.

Outros delitos em espécie, já mencionados, que também trazem a necessidade de complementação são os previstos no capítulo dos crimes contra a saúde pública, como o artigo 267, que tipifica a causação de epidemia; o artigo 268, que tipifica a infração de medida sanitária preventiva; e o artigo 269, que versa sobre a omissão de notificação de doença.

O artigo 267 necessita de complementação sobre as doenças que constituem epidemias e a definição dos germes patogênicos que podem causá-la. Trata-se de crime gravíssimo, com pena de reclusão de 10 a 15 anos, no caso de dolo, e classificado como crime hediondo pela Lei n. 8072/90, no caso do resultado morte, previsto pelo parágrafo primeiro.

Passando-se à análise do artigo 268, esse necessita que haja uma determinação do Poder Público, a qual, sendo descumprida, dará azo à persecução penal. Nota-se que é um claro exemplo de tipo penal que criminaliza o descumprimento de uma ordem administrativa, servindo como proteção muito mais à Administração Pública e ao dever de obediência que essa exige do que ao bem jurídico saúde.¹⁴⁹

Por fim, tem-se o artigo 269, que tipifica a conduta do médico que deixa de denunciar doença de notificação compulsória. Essa norma se encontra complementada pela Portaria n. 2325, de 2003, do Ministério da Saúde, a qual contém, em seu artigo 3º, expressa autorização para que outras doenças de incidência local sejam acrescentadas, sem especificar os meios procedimentais para tanto. Nota-se, novamente, uma ausência relevante de segurança sobre as espécies de doenças abrangidas pela norma em seu complemento, o qual pode variar de acordo com a localidade do país em âmbito estadual e também municipal, como dispõe a própria Portaria.

Importante salientar que não se resumem às ora expostas as normas penais em branco constantes no Código Penal, tendo essa pesquisa se resumido a listar apenas as figuras mais problemáticas, ou seja, as que são abordadas com mais detalhamento por doutrina e jurisprudência em razão das possibilidades de que venham a causar efeitos adversos, os quais serão melhor abordados na terceira parte desta pesquisa. Frise-se que os tipos afeitos a questões de direito penal econômico foram abordados no subtítulo específico desse tema.

¹⁴⁹ Tem-se, no referido artigo 268, uma moldura penal bastante aberta, de pouco conteúdo material, o que já acarretou o afastamento da incidência da norma, quando indevidamente complementada por uma portaria sobre poluição ambiental, em julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. (DELMANTO; DELMANTO; DELMANTO JUNIOR; ALMEIDA DELMANTO, 2010, p. 787).

Apontados os tipos mais relevantes existentes no Código Penal no que tange às normas penais em branco, é preciso que se saliente não terem restado outros diplomas, como o Código do Consumidor e o Código de Trânsito,¹⁵⁰ isentos dessa famigerada técnica legislativa. Na tipificação dos crimes em espécie do primeiro, há uma figura que merece especial atenção e estudo.

O crime a que se refere é o presente no artigo 65 da dita Lei n. 8078/90. Consta, na dita norma, a seguinte tipificação: “executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente”. Nota-se, como já se salientou em outros casos, a existência de um tipo penal bastante aberto, que visa a tutelar, com mais ênfase, o poder de mando da referida autoridade competente que, propriamente, os direitos do consumidor.

Na norma não há, por conseguinte, qualquer referência sobre quem seria a dita autoridade competente, cuja determinação é de tamanha importância que pode acarretar até dois anos de sanção privativa de liberdade. Em obra especializada sobre o assunto, tem-se a seguinte definição:

Autoridade competente, *in casu*, é aquela que possui legitimidade para produzir a exigência. Não é apenas a autoridade administrativa. Pode ser o Congresso Nacional, com exclusividade, ou o Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas, suplementando, eventualmente, a legislação federal ou estadual. Pode, inclusive, ser o próprio Poder Judiciário, quando vê ordem sua ser ignorada pelo fornecedor. (MARQUES, 2013, p. 1483).

Ou seja, denota-se que, no caso em análise, sequer há qualquer definição taxativa, seja em lei ou em espécie normativa infralegal, das autoridades competentes que preencheriam o elemento normativo do tipo penal. Assim, a ordem a ser obedecida pode emanar, a qualquer tempo, de qualquer um dos três Poderes, passando, de imediato, a exercer a função complementadora.

Quanto à possibilidade da determinação advir do Poder Judiciário, tem-se claramente uma criminalização especial do delito de desobediência, constante no artigo 330 do Código Penal. Contudo, enquanto, nesse artigo, a pena máxima correspondente a seis meses de detenção, a disposição do Código de Defesa do Consumidor institui o mesmo patamar como

¹⁵⁰ Importante destacar que não se está equiparando, de forma alguma, a relevância do Código Penal para a matéria com aquela ostentada por outros diplomas que se tratam, na verdade, de legislações compiladas, como CDC e o CTB, com algumas disposições de natureza penal.

sua pena mínima, o que, em que pese o princípio da especialidade, denota um certo rigor penal excessivo do dito diploma.

Novamente, pode-se vislumbrar um tipo penal carente de taxatividade e com um viés bastante arbitrário, protegendo um bem jurídico de questionável relevância penal, como já apontou a doutrina:

Evidencia-se, com esta pequena amostragem de casos, que o legislador tratou com rigor excessivo a tutela penal do consumidor, criminalizando vasta gama de condutas, que, em tese, integram o risco inerente à atividade comercial. (...) Resta, por hora, saber se são tais bens jurídicos difusos merecedores de tutela na esfera penal, ou se sua defesa poderá se dar com maior efetividade por outras vias, como a administrativa e a civil. (ALONSO; COELHO, 2004, p. 350-363).

Importante também abordar os crimes previstos no Código de Trânsito, no que concerne às normas penais em branco. Nessa seara, o artigo que deve ser analisado é justamente o que mais traz polêmica entre todos os tipos constantes na dita lei, qual seja, o artigo 306, que define o crime de conduzir veículo em estado de embriaguez.

O artigo, reformado sucessivas vezes, teve suas últimas alterações realizadas em 2012 e 2014. No *caput*, já consta a expressão que deverá ser necessariamente complementada, uma vez que a conduta se encontra definida da seguinte forma: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

A determinação de outras substâncias psicoativas e a eleição, dentre elas, daquelas que, de forma comprovada, possam determinar dependência, requer cuidadosa análise. Pode-se, a partir disso, inferir referência à já citada Lei de entorpecentes, que, por sua vez, faz referência à norma de natureza administrativa.

O parágrafo primeiro do dito artigo foi reformado em 2012 e dispõe de duas maneiras possíveis de se auferir a influência no estado psíquico do agente. Dispõe o tipo penal que, afora o teste do etilômetro e o exame de sangue,¹⁵¹ cabe também o seguinte meio de prova: sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

¹⁵¹ Tais meios probatórios são bastante contestados na doutrina brasileira, em virtude da proibição de autoincriminação. Esta é, sem dúvida, uma das causas da alteração legislativa para proporcionar outras formas de aferição do estado de embriaguez. Tratamos do tema nos artigos: “O direito de não produzir prova contra si mesmo: manifestações no direito brasileiro e o advento da Lei n. 12.654/12”, de Chiavelli Facenda Falavigno, Brunna Laporte Cazabonnet, Rafael Braude Canterji; “A incompatibilidade constitucional da infração prevista no artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro”, de Chiavelli Facenda Falavigno.

No parágrafo terceiro da mesma norma, reformado em 2014, consta que o Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito da caracterização do crime. Ou seja, contrariando o disposto no *caput*, o presente parágrafo parece resumir a alteração da capacidade psicomotora ao consumo de álcool.

Primeiramente, é preciso definir de que se trata o referido órgão, qual seja, o Contran. Segundo disposto no próprio Código de Transito em seu artigo 7º, I, pode-se definir o Conselho Nacional de Trânsito como o coordenador do Sistema Nacional de Trânsito e órgão máximo normativo e consultivo. No artigo 10º, alterado em 2013, é exposta a composição do dito órgão, feita por representantes de diversos Ministérios. Por fim, no artigo 12, é estabelecida a competência do órgão para estabelecer normas regulamentares das condutas dispostas no Código.

Em busca da Resolução apta a complementar a dita norma, encontra-se a de número 432, entre 523 existentes. Algumas revogadas, outras ainda não consolidadas, a Resolução 432 ainda se encontra em vigor, sendo datada de 23 de janeiro de 2013. Tem-se que, no Código, não consta qualquer indicação sobre a dita Resolução complementar.

Ainda, nota-se que a própria lei parece sofrer de aparente instabilidade, com reformas recentes e polêmicas, sendo a Resolução complementar feita há apenas dois anos. Como o parágrafo terceiro do Código de Trânsito é posterior à Resolução, essa não regula a dita equivalência entre os exames, o que ainda se encontra pendente. Importante salientar que o artigo 306 é, certamente, um dos mais fiscalizados e recorrentes quando se trata do cometimento de crimes de trânsito.

O artigo 5º da dita Resolução, então, estabelece duas formas de se auferir a alteração da capacidade psicomotora: o exame clínico com laudo conclusivo, firmado por médico, no inciso I, ou a constatação de sinais, nos termos do Anexo II da Resolução, no inciso II. Os ditos sinais devem ser apresentados em conjunto.

O que se tem nessa norma são, portanto, duas novas referências. A primeira a um exame médico, o que trará problemas frente à proibição de autoincriminação, uma vez que, a menos que haja um médico no local, o condutor deverá ser conduzido a um consultório ou hospital. Já no segundo inciso, é expressa a referência a outra norma, que se encontra nos anexos da dita Resolução.

Analisando-se o referido anexo, esse descreve requisitos relativos à aparência, à atitude, à orientação, à memória e à capacidade motora e verbal que deverão ser apresentados pelo condutor. Muitos dos requisitos são bastante questionáveis, podendo corresponder a

inúmeras causas diversas do estado de embriaguez e não há indicação sobre o número de sinais que o condutor deve apresentar para ser caracterizado como embriagado.

Encontra-se duas alternativas a serem assinaladas pelo agente de trânsito, uma constatando estar o condutor sob a influência de álcool e outra sob a influência de substância psicoativa, sem qualquer determinação posterior referente ao tipo da dita substância.

Muitos autores salientam a dissidência que subsiste no que tange a essa constatação:

A pouca precisão de tais sinais e a possibilidade de arbítrio provocam intensas críticas entre os operadores do Direito. No entanto, constatados os referidos sinais, prevalece que há prova de embriaguez, sendo possível concluir pela prática de crime (ressalvada a contraprova). (NUNES JUNIOR; DEZEM; DINIZ JUNQUEIRA; VANZOLINI; FULLER, 2014, p. 332).

No que tange à possibilidade de contraprova, essa vem garantida no parágrafo 2º da norma, sem qualquer indicação de como pode ser realizada. A princípio, a única contraprova aceita contra a presença dos sinais apontados pela fiscalização de trânsito seria a realização do exame do etilômetro ou de sangue, o que invariavelmente torna o próprio apontamento dos sinais desnecessário, pois volta-se à hipótese do artigo 1º.

Há polêmica no que tange à possibilidade de relevância penal mesmo no caso de, realizado os exames periciais, não se ter atingido a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar. Frise-se que, novamente, a lei faz referências e traz parâmetros somente quanto ao consumo de álcool, restando as demais substâncias ditas psicoativas sem determinação de tipos e também de quantidades.

Há autores que defendem que, não atingidas as quantidades dispostas no inciso I do parágrafo primeiro da norma, poderia mesmo assim ser o condutor tipificado sob a expressão alteração da capacidade psicomotora,¹⁵² a ser demonstrada pelos requisitos do inciso II, como se esses não estivessem em disposição hierárquica, mas alternativa. Ao mesmo tempo, há uma emblemática decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁵³ em que se considerou necessária a presença tanto da quantidade de substâncias apontadas no inciso I, quanto dos sinais relatados no Anexo II da Resolução n. 432, nos termos do inciso II.¹⁵⁴

¹⁵² NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves; DEZEM, Guilherme Madeira; DINIZ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano; VANZOLINI, Patricia; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Leis penais especiais**. P. 333.

¹⁵³ Acórdão n. 70051305852, de relatoria do Desembargador Nereu Giacomolli.

¹⁵⁴ É, portanto, bastante controversa a aplicação da dita norma, reinando a insegurança jurídica em um campo de ostensiva fiscalização, conforme tem ocorrido nos últimos anos, no Brasil, no que tange a políticas de trânsito. Tais políticas tem, por finalidade, usando da prisionalização ou de seu risco, diminuir o alarmante

Merece nota também a Lei 11.101/05, que regula o procedimento de falências e recuperações judiciais no Brasil. Os tipos penais constantes ao final do dito diploma são, em sua maior parte, referências a descumprimentos de outras normas de natureza cível e decisões judiciais tomadas no processo. É inegável a natureza de norma penal em branco do tipo previsto no artigo 178, que criminaliza a não apresentação de documentos contábeis obrigatórios, sendo que tal obrigação, por óbvio, encontra-se fora do tipo penal.¹⁵⁵

Por fim, importante fazer referência à Lei n. 10.826, de 2003, o chamado Estatuto do desarmamento. Tal normativa faz uso de um expressivo número de normas penais em branco ao criminalizar tanto a posse quanto o porte de armas de fogo, munições e acessórios.

No artigo 12, da referida lei, encontra-se tipificada a posse irregular de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido, ocorrendo a criminalização do possuidor que age em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nessa espécie, é expressa a necessidade de lei e regulamento que complementem a norma.

Já no caso do porte de arma, acessório ou munição, seja de uso permitido ou de uso restrito, tipificado nos artigos 14 e 16, a conduta criminosa abrange quem age sem a devida autorização, o que configura a assessoriedade do ato; e também quem age em desacordo com disposição legal ou regulamentar, configurando a norma penal em branco típica.

Contudo, o aspecto mais problemático da dita legislação é a determinação de quais seriam as armas de fogo, acessórios ou munições de uso restrito. Conforme o artigo 23 da dita lei, tal classificação se dará por ato do chefe do Poder Executivo Federal, mediante proposta do Comando do Exército. Porém, a normativa, que tem por consequência um vultoso aumento nas penas, que passa de 2 a 4 anos para 3 a 6 anos, no caso de porte, e implica o aumento da metade da sanção, nos casos de comércio ou tráfico de armas, conforme artigo 19 do Estatuto, é pouquíssima conhecida, além de possuir natureza eminentemente técnica. Tal fato faz bastante correto o erro de proibição nessa seara, de modo a evitar a responsabilidade penal objetiva.¹⁵⁶

número de mortes ocorridas anualmente no trânsito do país. Tal finalidade empresta, sem dúvida, caráter simbólico à dita lei que, visivelmente, usa de farta complementação na determinação de elementos essenciais à configuração do tipo penal.

¹⁵⁵ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Sobre o conceito e as classes das leis penais em branco e dos elementos em branco das leis penais**. P. 22.

¹⁵⁶ É ampla a jurisprudência que reconhece a incidência do erro de proibição, e mesmo do princípio da insignificância, nessa seara. Tais decisões são frequentes em virtude da ausência de conhecimento das partes e, em alguns casos, mesmo de policiais que registraram a ocorrência, sobre os regulamentos que complementam os tipos, determinando quais as possibilidades de transporte e armazenamento dos objetos proibidos, bem como de quais estariam inclusos na classificação de uso permitido ou restrito (TRF4: 5001324-56.2013.404.7106, Oitava Turma, julgado em 24.04.2014; TRF4: ACR 0004707-61.2007.404.7002, Sétima Turma, julgado em 01.10.2012; TRF4: ACR 5000643-33.2011.404.7017, Sétima Turma, julgado em

Finalizada a análise dos tipos previstos nas leis e códigos brasileiros que apresentam problemas relativos ao fenômeno da deslegalização, sem pretensão de exaurir os exemplos que nosso problemático ordenamento penal pode fornecer, passa-se, no próximo e último tópico dessa primeira parte, a estudar o tema sob o viés do direito comparado. O objetivo desse passo é a localização de discussões teóricas relevantes, analisando ordenamentos jurídicos estrangeiros, que venham ao encontro do tema trabalhado nessa pesquisa, qual seja, a excessiva complementação das normas penais em branco.

3.5. A ocorrência da deslegalização: diálogos com a doutrina e os ordenamentos estrangeiros

Por fim, analisadas as hipóteses mais recorrentes de complementação excessiva ocorridas na legislação brasileira, faz-se necessária uma breve incursão na doutrina estrangeira. O objetivo da análise realizada nesse tópico é verificar se o fenômeno que toma parte nas normas penais em branco brasileiras também pode ser identificado em algum ordenamento jurídico para além do nacional.

Jescheck define as leis penais em branco como acessórias, em razão de apenas a ameaça encontrar-se no tipo, enquanto o conteúdo da proibição se remete a outras leis, regulamentos e mesmo atos administrativos, os quais têm distinta procedência de órgão e de tempo. O tipo, então, só se completa com o mandamento constante na norma complementadora, mas precisa satisfazer, antes disso, o ideal de certeza.¹⁵⁷

As leis penais em branco são, portanto, admissíveis. Porém, quando a norma complementadora tiver caráter delegado, deve o legislador estabelecer, de forma inequívoca, a cominação penal, definindo a finalidade e o alcance da autorização que o cidadão pode ter, sob pena de contrariar o disposto no artigo 103, II,¹⁵⁸ da Lei Fundamental alemã.¹⁵⁹

Salienta, ainda, o autor, a existência de um direito penal dito policial ou administrativo, no qual se encontram as infrações menos graves. A infração administrativa

01.10.2012; TRF4: ACR 5000669-68.2010.404.7210, Sétima turma, julgado em 02.08.2012). Nota-se que, no entanto, as decisões aqui citadas ocorrem somente no tribunal de apelação, o que denota que já ocorreu o trâmite, por anos, de processo criminal absolutamente descabido e problemático, em desrespeito a pilares básicos da teoria do delito, quais sejam, a tipicidade e a culpabilidade da conduta.

¹⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. P. 98.

¹⁵⁸ Nessa norma se encontra definida a aplicação do princípio da legalidade no direito penal alemão.

¹⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. P. 98.

é, também, antijurídica e reprovável, mas passa a ser sancionada com uma pena de multa. Contudo, resulta dissidente na doutrina em que casos o comportamento antijurídico pode ser classificado pelo legislador como meramente administrativo, o que acarreta a não imposição de pena criminal.¹⁶⁰

A definição material das infrações administrativas possui diversas soluções. Conforme Helena Lobo da Costa, o entendimento da jurisprudência alemã se dá em um caráter misto. Alguns ilícitos teriam um núcleo de desvalor ético-social alto, sendo tutelados pelo direito penal apenas, já outros ilícitos, no entanto, mereceriam apenas repressão técnica, no âmbito do direito de contra ordenações. A diferença seria, então, qualitativa, porém, haveria um espaço limítrofe, em que se poderia pensar em uma diferença quantitativa, podendo o legislador agir de forma discricionária.¹⁶¹

Günter Heine, em análise específica sobre a intersecção entre a legislação penal e as normas administrativas em matéria ambiental, salienta que as últimas exercem papel dominante na proteção da natureza. Nelas, constam as determinações fundamentais sobre permissões de poluição e risco aceitáveis nessa área, geralmente designando agências administrativas para a tarefa de estabelecer níveis permitidos de danos, em casos individuais. Para estabelecer a responsabilidade criminal, a lei penal tem geralmente que fazer referência a definições de comportamentos socialmente aceitáveis encontradas nas normas administrativas.¹⁶²

Todos os sistemas, atualmente, possuem problemas mal resolvidos de proibições administrativas e sua incidência na área penal. Adotando a divisão entre sistemas absolutamente dependentes (lei penal subordinada à administrativa), sistemas relativamente dependentes e sistemas absolutamente independentes, o autor classifica a Alemanha ocidental entre os dois últimos.¹⁶³ Para Heine, o principal problema dos sistemas extremamente conectados é a expansão da punição penal, com a conseqüente perda da sua credibilidade e eficiência. No caso de sistemas muito separados, ocorre uma verdadeira disputa na tipificação de condutas, uma vez que tanto as instituições penais quanto as administrativas almejam ter a primazia no trato das questões ambientais.¹⁶⁴

¹⁶⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. P. 51.

¹⁶¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administrativização**. P. 564.

¹⁶² HEINE, Günter. **Elaboration of norms and the protection of the environment**. P. 110.

¹⁶³ No caso da Alemanha, a responsabilidade penal se basearia no exercício abusivo de um direito concedido pela norma administrativa. (HEINE, 1992, p. 112).

¹⁶⁴ *Ibidem*. P. 110.

Sobre esse tema, ainda salienta o autor as dificuldades existentes na aplicação compatível das normas, pois as diferentes searas exigem standards de prova também diversos. No que tange à incidência do erro de proibição, principalmente a respeito do conhecimento das normas administrativas, o parâmetro judicial alemão se dá pela profissão e pela classe social do réu, sendo maior a exigência se esse opera diretamente com questões ambientais de risco. Contudo, na prática, as diversas agências administrativas desenvolveram seus próprios critérios, preferindo a colaboração e a orientação à punição. Especificamente na Alemanha, apenas os perpetradores de violações reiteradas são encaminhados à persecução penal.¹⁶⁵

Luzón Peña salienta várias questões relevantes e polêmicas no que concerne às normas penais em branco, sendo o problema fundamental sua materialidade, ou seja, a real necessidade do uso dessa técnica legislativa e sua compatibilidade com os diversos aspectos do princípio da legalidade. O Tribunal Constitucional espanhol já se pronunciou a favor da constitucionalidade da remissão a regulamentos por leis penais, admitindo essa forma de colaboração na legislação sancionadora. Contudo, o chamado reenvio normativo deve ser expresso e justificado em razão do bem jurídico protegido pela norma penal, a qual precisa estabelecer a pena e o núcleo essencial da proibição, satisfazendo o requisito de certeza e concreção da conduta delitiva.¹⁶⁶ Assim, garantida estaria a possibilidade de conhecimento prévio, pelos cidadãos, da conduta penalmente cominada.¹⁶⁷

Em termos de política criminal, como denuncia Carlos Perez Martínez, o que se observa no país é, na verdade, uma inflação legislativa de jaez punitivo, seja na esfera penal, seja na esfera administrativa, denotando um claro aumento do poder sancionatório. O autor salienta ainda que, no caso de sanções administrativas, é recorrente a arbitrariedade pela ausência de diversas garantias já consolidadas na esfera penal e processual penal,¹⁶⁸ fenômeno que também se observa no Brasil.

Ainda na Espanha, especificamente no que tange ao direito penal ambiental, Norberto Javier de la Mata Barranco, sem negar a importância da tutela penal do meio ambiente, explicita a necessidade de compatibilizar a regulamentação administrativa já existente na seara com as inovações mais rígidas acrescentadas pelo ordenamento penal:

¹⁶⁵ HEINE, Günter. **Elaboration of norms and the protection of the environment**. P. 113.

¹⁶⁶ Importante salientar que tal fundamento consta na sentença n. 127 de 5 de julho de 1990, a qual é muito referida, inclusive na doutrina brasileira, por estabelecer requisitos de validade das normas penais em branco. O inteiro teor da decisão se encontra disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/1552>. Acesso em 03.05.2015.

¹⁶⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**. P. 149-150.

¹⁶⁸ MARTÍNEZ PEREZ, Carlos. **La inflación del derecho penal y del derecho administrativo**. P. 204.

El modelo predominante es el de la accesoriedad relativa y a él tienden la mayoría de ordenamientos penales, con independencia de que en ocasiones en ellos algún tipo prescindiera de esta configuración. En él se produce una descripción general del comportamiento que pretende incriminarse penalmente, pero el injusto penal se define plenamente o se completa con una remisión a la regulación administrativa. De este modo, el Derecho administrativo determina en cierta medida los límites de la penalidad, sin que ello signifique consagrar como bien tutelado una pretensión estatal de obediencia. Pero precisamente, y aunque esta tendencia sea creciente en el ordenamiento comparado, repetidamente se viene señalando como talón de Aquiles de la protección penal del ambiente, desde una perspectiva jurídica, su dependencia del Derecho administrativo.¹⁶⁹

No artigo 45.3, da Constituição espanhola, está prevista a possibilidade de aplicação de sanções penais ou administrativas no caso de violações ao meio ambiente. A Carta também estabelece, em seu artigo 25.1, o necessário respeito ao princípio da legalidade no caso de sanções penais ou administrativas.

No que tange à criminalidade econômica, explicita Laura Zuñiga Rodríguez:

En el momento actual, la inflación del Derecho Penal a costa de la tipificación de conductas del orden socio-económico efectuada en nuestro ordenamiento con el CP del 95, al haber optado claramente el legislador por la vía de sancionar penalmente las infracciones socioeconómicas, nos plantea necesariamente la coordinación y relación de ellas con las infracciones administrativas, pues en muchos casos existe solapamiento entre ambos tipos de infracciones. (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2001, p. 1422).

Helena Lobo da Costa indica que predomina, na doutrina e jurisprudência espanholas, a indistinção substancial entre ilícitos penais e administrativos, que seriam apenas manifestações do mesmo direito de punir por parte do Estado. Já em Portugal, que é fortemente influenciado pelo direito alemão, a distinção seria formal, pela previsão dos ilícitos contra ordenacionais no Decreto Lei n. 232 de 1979. Há, no entanto, vozes dissonantes.¹⁷⁰

Para José de Faria Costa, seriam várias as diferenças entre a regulação de um e de outro: a sanção aplicável, a aplicação da lei no espaço, a responsabilidade das pessoas jurídicas, a punibilidade da tentativa e a possibilidade de concurso de infrações. Outrossim,

¹⁶⁹ MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. **Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente.**

¹⁷⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. **O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administrativização.** P. 566.

a finalidade do sistema de contra ordenação seria a de potencializar a ordem do tecido social-normativo, a qual a aproxima mais do direito administrativo do que do direito penal, em que pese seu pertencimento ao segundo.¹⁷¹

Tratando-se ainda de Portugal, e especificamente no campo do direito penal econômico, encontram-se algumas conclusões no sentido de seu forte caráter administrativo. Jorge de Figueiredo Dias preleciona que o direito sancionador português se divide em três distintas regiões: o direito penal clássico, que corresponde ao disposto no Código Penal; o direito penal de mera ordenação social, que corresponde a contravenções regidas por uma lei de caráter não penal¹⁷²; e o direito penal econômico-social, que é a face atual do direito penal administrativo, subordinando-se aos princípios gerais penais e aos especiais do direito de ordenação social. Assim, a lei portuguesa se encontra ainda em construção, com a busca de autonomia pelo direito penal econômico, que ora se confunde com o clássico, ora com o administrativo.¹⁷³

O direito penal econômico estaria permeado por normas advindas, em sua maioria, de fora do Código Penal, o que seria um elemento histórico, da própria natureza do ilícito econômico. Assim, as normas penais tendem a promover o constante reenvio do conteúdo da proibição, que é eminentemente mutável, o que gera a alta incidência de normas penais em branco. Logo, o direito penal econômico passa a ser, cada vez mais, um direito penal administrativo.¹⁷⁴

Na Argentina, também já se encontra abordada, na doutrina, a complexa relação interdisciplinar entre o direito penal e o direito administrativo. Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, em obra coletiva, a acelerada produção normativa em matéria penal acaba por misturar sanções de diversas naturezas entre as penas. Essa justaposição legislativa, de difícil ou impossível sistematização, responde a defeitos técnicos e a necessidades de políticas criminais que correspondam às expectativas da opinião pública. As áreas do direito penal econômico, fiscal e de empresas, bem como do direito penal ambiental, são especialmente afetadas por esse fenômeno.¹⁷⁵

¹⁷¹ FARIA COSTA, José. **Crime e Contra-ordenações**. P. 9-11.

¹⁷² Esse sistema, existente não apenas em Portugal, mas também na Alemanha, será detalhado na parte final desta pesquisa.

¹⁷³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo direito penal económico português**. P.45.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. P. 214.

Os riscos desse procedimento vão desde a aplicação de critérios administrativos para a imposição de sanções penais, até a apropriação de poder punitivo penal por parte de órgãos administrativos, imersos nesse emaranhado de leis e regulamentos que tutelam fatos semelhantes ou mesmo idênticos. Ainda, dá-se azo a um chamado direito penal administrativo, que encobre o avanço de um Estado de polícia. Frente ao avanço da Administração, é função do direito penal a identificação precisa do conteúdo punitivo da coação, definindo as autoridades responsáveis por cada seara, sendo o juiz apto a impor penas e sanções administrativas, enquanto os órgãos administrativos devem ater-se somente às últimas.¹⁷⁶

Finalizada essa breve incursão no direito estrangeiro, e constatado o farto uso de complementação administrativa no ordenamento penal brasileiro, é preciso delinear o lugar que a norma penal em branco ocupa na sociedade hodierna, principalmente quando se tem em vista o direito penal atual e seu caráter nitidamente expansionista.

4. Considerações parciais

O presente capítulo buscou, primeiramente, estabelecer as bases do sistema jurídico adotado no Brasil. Para tanto, foi necessário adentrar-se nas definições da *Civil Law*, de forma a se compreender a importância da lei positiva e, também, do Poder Legislativo e suas funções ínsitas dentro da estrutura de poder definida constitucionalmente no país.

Partindo-se desse pressuposto, ficou ainda mais evidente a importância do procedimento normativo quando se trata de matéria criminal, na qual vige, como princípio máximo, a legalidade. Tal diretriz tem uma função primordial de garantia e dela irradiam diversos deveres a serem concretizados por meio do ato legislativo, que deve ser certo, estrito, escrito e prévio. Ainda, algumas matérias estão sujeitas à reserva de lei, devendo necessariamente ser reguladas por ato que emane do legislador. A lei penal, ademais, só poderá retroagir em benefício do acusado e deve, acima de tudo, ser taxativa em suas tipificações.

Iniciando-se propriamente o estudo da norma penal em branco, o presente capítulo objetivou localizar a primeira conceituação do instituto, que se deu na Alemanha, com Karl

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. P. 215.

Binding. A partir daí, a doutrina cunhou diversas classificações, buscando definir os tipos possíveis de assessoriedade administrativa na lei penal, que podem variar de acordo com a parte da lei que é delegada, com a hierarquia do ato complementador, etc. Tais concepções, no entanto, possuem um intuito mais classificatório que crítico propriamente dito.

Ainda, a pouca intersecção entre os administrativistas e os penalistas em matéria de regulação sancionatória gera dificuldades de se compatibilizar o uso concomitante das duas disciplinas na tutela de condutas, uma vez que não há uma integração doutrinária para a definição do instituto. Muitos dos atos administrativos referidos na legislação penal ou utilizados na sua complementação não possuem a precisão necessária ao adimplemento da legalidade. A própria nomenclatura “autorização”, “concessão” e “licença” é utilizada, nos casos de assessoriedade do ato, sem o devido rigor. Sabe-se, ademais, que a corrente sancionatória do direito administrativo ainda não se encontra suficientemente aprofundada pelos estudiosos para ser expandida, não apenas do ponto de vista material, mas também processual.

Pode-se destacar, também, que o uso da assessoriedade por meio de normas em branco se manifesta de forma mais recorrente na tutela de alguns bens jurídicos específicos, como o meio ambiente, a economia e as drogas. É, portanto, necessário que sejam traçadas as relações possíveis entre tais figuras, de forma a melhor compreender o fenômeno da deslegalização nessas searas.

Como último dado, constatou-se que o uso das normas em branco e os questionamentos daí decorrentes não é algo exclusivamente brasileiro, podendo ser observado também na legislação e na doutrina estrangeiras, que se debruça há algum tempo sobre essas mesmas celeumas.

Importante salientar que a presente pesquisa abrange, também, em algumas partes, o estudo dos elementos normativos do tipo, dos tipos penais abertos e da assessoriedade em geral, incluso em sentido estrito, no que tais técnicas têm em comum com as causas e as consequências das normas em branco.

CAPÍTULO II: AS CAUSAS DA DESLEGALIZAÇÃO

1. O encontro da norma penal em branco com o direito penal da sociedade de massas

O conceito de normas penais em branco, hoje, pode não ter evoluído ou se modificado de forma notável; no entanto, o uso dessa técnica legislativa, sem dúvida, expandiu-se, tendo em vista a crescente incompatibilidade da pretensão de regulação total¹⁷⁷ pela norma estática, formada por meio de um lento procedimento, com uma sociedade mutante e acelerada.¹⁷⁸

Em matéria penal, tal condição é ainda mais evidente, uma vez que, pra além do Código Penal, há uma diversidade de crimes importantes e recorrentes disciplinados pela legislação extravagante. Sabendo-se que tal legislação pode ser, ainda, complementada, no caso de se tratar de normas penais em branco, é fácil constatar-se que o operador do direito se encontra imerso em tal emaranhado de disposições que se torna cada vez mais difícil ter um efetivo e seguro conhecimento do que se pode ou não praticar em matéria criminal.

É preciso, portanto, analisar como essa norma flexível se compatibiliza com uma sociedade na qual surgem, a cada dia, novas formas de agressão aos bens jurídicos já existentes e, ainda, novas espécies de bens jurídicos penalmente relevantes,¹⁷⁹ como os bens jurídicos difusos, os transindividuais, os cibernéticos e tantos outros. Com a criminalidade, cresce também a demanda social por um Estado mais interventor, principalmente no que tange à intervenção penal, eleita pelo senso comum como a mais bem sucedida forma de resgatar a segurança pública.¹⁸⁰

O Estado responde a demanda da sociedade, por mais segurança, aumentando a criminalização de condutas, seja pela abrangência de comportamentos antes impunes ou passíveis apenas de outras formas de sanção, seja pelo aumento das penas já cominadas.

¹⁷⁷ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal**. P. 391.

¹⁷⁸ Tratamos dessa questão na obra: **A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal**, de Chiavelli Facenda Falavigno.

¹⁷⁹ “Ao ser chamado para gerir políticas preventivas de controle racional dos riscos inerentes à sociedade industrial, bem como para assegurar a efetivação dos direitos dela decorrentes, o controle penal foi instigado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se aos novos bens jurídicos” (CARVALHO, 2013, p. 181).

¹⁸⁰ “É por essa dupla razão – proteger-nos dos perigos e de sermos classificados como um perigo – que temos investido numa densa rede de medidas de vigilância, seleção, segregação e exclusão. Todos nós devemos identificar os inimigos da segurança para não sermos incluídos entre eles. Precisamos acusar para sermos absolvidos, excluir para evitarmos a exclusão” (BAUMAN, 2013, p. 98).

Essas medidas de populismo punitivo têm como efeito a severa redução das liberdades públicas, com um resultado bastante questionável quando se trata de, realmente, levar a um incremento da segurança pública.¹⁸¹

É diante dessa atmosfera que se desenvolve o chamado direito penal do risco, criado para atuar de forma mais decisiva e, assim, tornar segura essa sociedade que, muitas vezes, devido a seu próprio progresso, encontra-se temerosa do caos e da autodestruição, reformulando as formas de tutela punitiva Estatal para bem cumprir essa finalidade. Esse direito é um direito penal expansivo, que aumenta o número de bens jurídicos tuteláveis, bem como de comportamentos puníveis, reduzindo as exigências da censurabilidade e transformando lesão em mero perigo.¹⁸²

Como leciona Jorge de Figueiredo Dias, toda a história do direito penal é permeada por sucessivos processos de descriminalização e neocriminalização, seguindo a carta de interesses sociais predominantes em cada momento histórico. Mesmo durante o período Iluminista, houve progresso, por exemplo, na criminalização das condutas que causavam danos patrimoniais, obedecendo aos mandamentos da burguesia em ascensão. Hoje, as próprias transformações do mundo em que se vive, sejam tecnológicas, econômico-sociais, políticas ou culturais, reclamam o alargamento do controle social pela via penal. As ameaças do progresso, tanto as causadas ao meio, quanto as causadas ao indivíduo, física ou moralmente, como os danos à privacidade, trouxeram novos valores à esfera de incidência da ordem penal:

No plano econômico e social, por outra parte, verificou-se a progressiva ressonância política e jurídica dos imperativos éticos de solidariedade, sob a mediação do Estado social. Assumindo-se como garantia das prestações públicas necessárias a uma existência em condições de dignidade, o Estado social moderno eleva muitos dos interesses relacionados com o intervencionismo dirigista ou salutista à categoria de bens jurídicos fundamentais. (FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 1997, p. 435-436).

Esse fenômeno é analisado com precisão por Winfried Hassemer ao apontar, como uma das principais características do direito penal moderno, a inversão do papel originário do conceito de bem jurídico. Esse, no direito penal clássico, servia para limitar o legislador, de modo que sua concepção deveria ser um crivo crítico, visando a excluir da esfera penal o

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **El populismo punitivo**. P. 15.

¹⁸² PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. P. 39.

que não possuía hierarquia suficiente para legitimar essa via de tutela. Hoje, o bem jurídico é usado de forma a alargar e expandir a incidência do direito penal, desafiando-se, diariamente, o legislador a colocar determinadas condutas, cada vez em maior número, sob a perspectiva da pena. Assim, de modo sub-reptício, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos perde sua função de garantia, tornando-se mais um fator expansionista da tutela penal.¹⁸³

Sobre essa tendência, sobretudo no Brasil, leciona Ana Carolina Carlos de Oliveira:

A expansão do Direito Penal no Brasil evidencia-se especialmente pelo acréscimo do número de leis, sobretudo na legislação especial, e também pelo agravamento das penas previstas para delitos já existentes. Essa tendência é identificada também no atual Projeto de Código Penal (236/2012). (OLIVEIRA, 2013, p. 162).

Segundo a autora, é possível sentir esse movimento expansionista com a criação de bens jurídicos coletivos, a implementação de leis criminais decorrentes de tratados internacionais e, ainda, com o vultoso crescimento de tipos em áreas específicas, como o direito penal econômico e ambiental. Ela ressalta também que o referido movimento não se dá apenas com base na ação do legislador e dos magistrados, mas através da própria doutrina que, teorizando sobre a flexibilização de critérios de interpretação e imputação em Direito Penal, permite, com soluções teóricas, a incorporação de novos tipos e modelos que não se enquadrariam nos padrões tradicionais, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica.¹⁸⁴

O fenômeno da expansão da criminalização, contudo, não se restringe ao Brasil. Conforme o penalista uruguaio Raúl Cervini, as novas realidades derivadas do desenvolvimento social, econômico e tecnológico impeliram o legislador a penalizar diversos comportamentos nos mais variados setores: economia, finanças, trabalho, pirataria aérea, ecologia, tutela da privacidade do indivíduo, elaboração de dados mecanizados, etc.¹⁸⁵ Sendo que, na maioria das vezes, essas novas penalizações vêm desacompanhadas de qualquer pesquisa de dados séria a ser realizada posteriormente, visando a comprovar a aplicabilidade das normas e, por óbvio, sua eficiência na redução daquele tipo específico de criminalidade.

¹⁸³ HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Moderno Direito Penal**. P. 58.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. P. 160-175.

¹⁸⁵ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. P. 215.

O atual estado da tutela penal pode ser resumido na seguinte perspectiva: criminaliza-se mais, ao invés de criminalizar-se melhor. Criminaliza-se tudo e, em consequência, nada é criminalizado com seriedade. A seletividade de condutas e o já referido princípio da ofensividade abrem espaço para um processo que visa a atender demandas eleitoreiras, bem como o clamor público e midiático,¹⁸⁶ afastando-se da opinião de cientistas sociais, jurídicos e políticos, que bem poderiam direcionar a formulação das políticas criminais.

A razão do referido fenômeno passa por diversas searas, não se atendo somente a questões jurídicas, mas também a fundamentos políticos e econômicos. Na sociedade moderna, os governos, muitas vezes, têm dificuldade em lidar com as novas condutas e com esses novos bens jurídicos oriundos do progresso.¹⁸⁷

Além disso, nos países chamados periféricos, as metas para que se cumpram as promessas da modernidade ficam cada vez mais urgentes, visando a superar o atraso e a exclusão social de grande parte da população. Nessa senda, o Estado intervencionista trabalha com normas ditas objetivo, que possuem verdadeira programação para que, por meio jurídico, se cumpram as políticas governamentais:

Esses *standards* legais têm por função impor metas, resultados e fins para o próprio Estado sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, concedendo ao Poder Executivo uma larga margem de discricionariedade. Para realizar essa abertura, muitas leis utilizam conceitos vagos e fluidos, que conferem à Administração um âmbito de responsabilidade própria para avaliação de questões técnicas, políticas, valorativas, a ponderação de interesses contraditórios ou a apreciação de evoluções futuras. (KRELL, 2004, p. 19).

Esse é o exato ponto em que o expansionismo penal se encontra com uma técnica legislativa, que cada vez mais faz uso de normas penais em branco sem regulações mínimas que atestem sua validade, concedendo um enorme poder à administração, que acaba por, indiretamente, agir de forma determinante na seara penal:

¹⁸⁶ Como claro exemplo do que ora se expõe, ressalta-se que, no Brasil, é discutido, atualmente, o PEC n. 171 de 1993, que prevê a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, contrariando a opinião de diversos especialistas no tema. Em nota, a Câmara dos deputados convidou, para participar de audiência pública sobre o assunto, repórteres de programas televisivos nacionalmente conhecidos como sensacionalistas, os quais abordam questões de violência incitando o expansionismo penal. (Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1326761.htm>. Acesso em 03.05.2015)

¹⁸⁷ Em obra que avalia a transição do sistema penal previdenciário para o retribucionismo penal na Inglaterra e nos Estados Unidos, David Garland aponta os fatores econômicos, sociais e culturais essenciais para que ocorresse a mudança desse paradigma, o qual concentrou toda a responsabilidade pela diminuição da criminalidade e da violência no Estado e sua via penal de intervenção. Este, cada vez mais consciente de sua inabilidade para, sozinho, resolver o dilema, não renuncia sua posição em razão dos desastrosos e inevitáveis custos políticos, oriundos dessa decisão, para os governos vigentes. (GARLAND, 2008, p. 248-249).

Face esta nova realidade, ou seja, a exigência de uma produção legislativa rápida e quantitativamente de vulto, vem se operando uma distorção na estrutura de poderes do Estado. Ou seja: como decorrência da lentidão dos legislativos, vem sendo criados instrumentos normativos, cuja edição passa para a órbita do Poder Executivo, cabendo ao Legislativo, dentro da normalidade constitucional um trabalho de referendar as normativas provenientes do executivo. A rigor, atualmente o grande legislador não é mais o legislativo, mas os outros poderes, mormente o executivo. E não se pode desprezar a “criação normativa do Judiciário”. (...) É de lembrar-se a respeito, as chamadas normas penais em branco, as leis penais ditas delegadas, os decretos-lei e as medidas provisórias. E mesmo textos constitucionais e documentos internacionais. (LUISI, 2003, p. 121).

Para Jorge de Figueiredo Dias, a mudança no cenário social se iniciou com a crise generalizada que se deu principalmente após a Primeira Guerra Mundial, quando a sociedade burguesa passa a reclamar maior intervenção Estatal na vida social. De modo que, com o crescimento da tensão entre Estado e Indivíduo, a atividade jurídica da Administração se alarga a cada dia, em especial no domínio econômico. Assim, passa-se a falar em uma Administração conformadora, que assume funções pertencentes a círculos progressivamente mais amplos. Nessa senda, as relações entre o direito penal e o direito administrativo entram em crise, não se podendo delimitar claramente o campo de atuação de um e de outro até os dias atuais.¹⁸⁸

Segundo Helena Regina Lobo da Costa, o uso indiscriminado da norma penal em branco gera inegável efeito de dispersão da criminalização, além de conjunturalidade em seu uso, dificultando a sistematização e provocando insegurança no intérprete e no aplicador da norma.¹⁸⁹ Com ainda mais razão, de total insegurança sofre o destinatário dessa norma, qual seja, o cidadão.

O tema segurança é, aliás, um dos mais caros a qualquer discussão que envolva produção legislativa. É preciso, sobretudo, que se avenge quais as reais possibilidades de segurança jurídica quando a norma passa a ser flexível, na tentativa de regular uma sociedade cada vez mais acelerada nas mãos de um Estado enfraquecido social e economicamente, porém interventor na restrição das garantias e liberdades individuais.

Ainda, é possível apontar-se outras questões como decorrentes do cenário construído nesse título. A excessiva complementação, além de impossibilitar uma defesa efetiva no processo penal, pela dificuldade de conhecimento e compreensão dos tipos, gera a inefetividade e o simbolismo da norma, abalando cada vez mais a confiança da população

¹⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. P. 169.

¹⁸⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. P. 116.

na resolução do problema da criminalidade, o que acarreta, como efeito desse círculo vicioso de improdutividade, a demanda por mais controle penal.

A criminologia aponta, há tempos, para a ocorrência de tais fenômenos. A falta de qualquer embasamento empírico sobre a efetividade das políticas criminais aplicadas, juntamente com o cultivo atual do medo, traz a tendência de que a crítica do sistema resulte, paradoxalmente, na demanda por mais sistema: “Todos nós, ou pelo menos a grande maioria, nos transformamos em viciados em segurança” (BAUMAN, 2013, p. 99).

As doutrinas de Defesa Social ganham ainda mais força junto ao público, pois são apresentadas como teorias humanizadoras,¹⁹⁰ que visam a preservar a vítima e tutelar o bem estar social. Prevalendo o ideal de bondade, paulatinamente se cerceiam garantias penais e processuais construídas a duras penas desde o Iluminismo.

Ainda que sempre haja uma discrepância na tutela de bens jurídicos feita pelo direito penal, esse deveria buscar diminuir as diferenças e procurar a igualdade. Mesmo que o sentimento de segurança jurídica se dilua em grupos antagônicos, fomentar a integração e criar condições para uma generalização desse sentimento é sua tarefa. Isso porque menos se demandará pela segurança jurídica quanto mais justiça se puder sentir da vivência e da coexistência social, garantindo participação efetiva de cada indivíduo ou, ao menos, não realçando as discrepâncias já existentes.¹⁹¹ Mas, para tanto, seria preciso assumir, de forma expressa, a falência do direito penal como meio redutor da criminalidade e, a partir daí, construir caminhos para sua redução.

Finalizada essa análise, e constatada a farta ocorrência da deslegalização pelo uso excessivo da complementação legal e administrativa no direito brasileiro e também estrangeiro, passa-se a auferir quais as possíveis causas que desencadeiam, influenciam ou incentivam a ocorrência desse fenômeno.

2. As principais causas da deslegalização do ordenamento penal pátrio

A ocorrência da excessiva complementação no direito brasileiro é, como se verificou no primeiro capítulo dessa pesquisa, uma realidade. O fenômeno toma parte nas mais diversas searas, tendo especial incidência em áreas consideradas mais atuais, ou seja,

¹⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. P. 40.

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral**. P. 91.

em matérias que, há pouco tempo, passaram a ser fortemente reguladas pela mão penal do Estado, como o direito penal ambiental e o econômico. Esse dado, por si, já apresenta alguns sinais importantes para a continuação dessa investigação.

A administrativização do direito penal encontra incidência para além do direito brasileiro. Ocorre um verdadeiro uso da norma incriminadora com fins de regulação, o que indica a existência de um vazio nessa função, que passa, então, a ser ocupado por um direito penal expansionista.

Como o objetivo desse trabalho é, ao final, propor possibilidades de solução da questão, principalmente com incursões no direito comparado, é preciso, para que se localize de forma plena o problema, traçar suas causas e consequências, como ele surgiu e se agravou e por que passou a ser um obstáculo de necessária reflexão no direito penal contemporâneo. A segunda parte dessa pesquisa se dedica, então, ao ponto inicial, qual seja, averiguar as causas sociais, históricas, culturais, econômicas e jurídicas que podem ter, paulatinamente, levado ao atual estágio de excessiva regulamentação administrativa de dispositivos penais.

Esta parte da pesquisa será feita com necessárias intersecções em outras áreas do saber, como a sociologia e a criminologia. A análise das causas se dividirá em três tópicos: o estudo da atual sociedade moderna e das formas de regulação que nela se construíram, o estudo das consequências típicas dessa sociedade para o direito penal e suas áreas de tutela e o estudo das questões técnicas atinentes a problemas no procedimento legislativo e na política criminal que se forma dentro do contexto delineado.

Não se pretende aqui, por óbvio, exaurir o estudo das possíveis causas da deslegalização, tendo em vista ser esse um fenômeno demasiado complexo para, em uma única pesquisa jurídica, ser analisado de forma total. Almeja-se, nesse ponto, eleger algumas das principais origens do problema, embasando-se, para tanto, na escolha de autores que trabalham com a análise crítica do direito penal contemporâneo, tendo em vista o sentido expansionista dessa ciência frente a uma realidade que, cada vez mais, apresenta-se temerária em matéria de segurança jurídica.

No presente tópico, então, busca-se auferir as principais causas do fenômeno da deslegalização. É importante ressaltar, ainda, que alguns desses motivos se aplicam a todas as searas reguladas pelo direito penal, enquanto outros são mais específicos de algumas delas. Ou seja, nem todos os fatores que provocam a regulação administrativa excessiva, em sede de direito penal econômico, incidem sobre o direito penal de drogas, uma vez que tais áreas estão permeadas por diferentes interesses jurídicos e econômicos e, como consequência, por diferentes políticas criminais.

2.1. O direito e a sociedade: influências recíprocas

Para estudar as causas de um problema que, hoje, instaura-se em sede de direito penal, qual seja, a excessiva complementação legal, é necessário que se parta da premissa que o direito não pode descolar-se de seu contexto, que é a realidade atual. A sociedade, e os valores que nela predominam, influenciam o direito posto e, principalmente, os seus rumos futuros.

Conforme preleciona Miguel Reale Júnior, é ingênua a concepção de que as manifestações humanas sejam fruto unicamente da consciência e da experiência isolada e individual de cada ser, pois a conjuntura cultural influencia e condiciona a individualidade e, por consequência, o comportamento. Estamos inseridos em um mundo circundante, no qual tudo se correlaciona e a continuidade de tal mundo independe dos seres que nele vivem em um determinado momento histórico, pois seus fins últimos se transmitem de geração a geração. Porém, essa transmissão não se dá de forma imutável, e sim com modificação e transformação dos valores vigentes e predominantes no decorrer da história:

O sistema de valores que preside o modo de ser, ou seja, a unidade espiritual que constitui a realidade cultural, transmite-se de geração em geração, sofrendo mutações contínuas. (...) Vivemos tendo por substrato essa unidade espiritual, razão pela qual o mundo circunstante, conforme afirma Husserl, formado pelo passado em atualização constante, plasma a forma de ser de uma determinada época. O homem insere-se de modo participante no todo dessa realidade cultural. (REALE JUNIOR, 2000, p. 17).

O direito é um elemento dessa cultura, um componente dessa realidade condicionadora e, dessa forma, passa a ser também influenciado por sua carga valorativa. Há, portanto, uma consciência da sociedade de fins comuns, sendo o direito uma forma de ordenação dessas vontades particulares. Ele, portanto, expressa essa consciência geral dos indivíduos, embora a ela não se limite completamente.¹⁹²

Ainda, sabendo-se que tais valores se modificam, assim também funciona o direito. Em cada época, há, sim, uma antijuridicidade genérica e pré-normativa, que faz parte da consciência individual daqueles que vivem na comunidade e que vai presidir e inspirar a confecção do ordenamento, no caso, penal. Então se cria os comandos de forma institucionalizada, trazendo para o mundo concreto noções de proibido e permitido que já

¹⁹² REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. P. 18.

existiam, talvez inconscientemente, no meio social.¹⁹³ Por óbvio que, só a partir dessa tipificação legal, o fato pode vir a ser punido na esfera penal institucionalizada. Nesse sentido:

O Estado (legislador) como centro do poder, ao estabelecer as normas, sofre o impulso das influências sociais e históricas, mas instaurando os seus comandos, nestes as absorve e supera, definindo-as em funções de situações concretas. (REALE JUNIOR, 2000, p. 19).

Desse modo, o direito de dada época deve ser sempre analisado de acordo com o seu contexto histórico e cultural. A questão é que essa tábua de valores sociais, existente nesse contexto - e na qual o direito se inspira -, altera-se, principalmente, em razão das mudanças socioculturais e econômicas. É nessa linha que o direito também se altera, numa dada sociedade, com o passar do tempo.

Pode-se notar, portanto, que a noção de reprovabilidade precede a de crime e alimenta o ordenamento jurídico penal, que é uma expressão dos interesses mais caros da sociedade naquele dado local e momento histórico. Contudo, essa noção se altera com o decorrer do tempo em cada sociedade, provocando também modificações no ordenamento jurídico como um todo ali vigente e, por óbvio, no ordenamento penal. No momento atual, pode-se verificar essa influência social em um sentido expansionista, conforme se tratará ao longo deste capítulo.

O direito, portanto, se modifica, uma vez que também é influenciado pela sociedade que visa a regular. Assim, é indispensável que se localize o fenômeno da deslegalização na era da complexidade, a qual provocou diversas mudanças em matéria de segurança, fundamento tão caro ao direito legislado, sendo tal análise indispensável para se auferir algumas das principais causas dos fenômenos estudados.

2.2. A sociedade de riscos: complexidade, regulação e mudanças sociais

É certo que a expansão do direito penal pressupõe, antes de tudo, um incremento na ideia de insegurança. O chamado direito penal do risco, que será abordado em tópico posterior, encontrou espaço para se desenvolver em uma sociedade que se sentia ameaçada por certos perigos e viu, na intervenção penal, uma forma de, se não combatê-los, amenizá-

¹⁹³ REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. P. 19.

los, restabelecendo, em parte, a segurança, ainda que como uma mera sensação. Por certo, então, que o estudo do direito penal do risco pressupõe a análise da sociedade de risco, uma vez que aquele se trata de uma decorrência dessa.

Ulrich Beck, em obra de 1986, analisa a passagem da sociedade de distribuição de riquezas para a de distribuição de riscos. A ideia de que o conhecimento científico e tecnológico passa hoje pelo mesmo desencantamento que os privilégios estamentais e as imagens religiosas no século XIX,¹⁹⁴ coloca em xeque o projeto da modernidade, baseado no racionalismo.

Conforme Ilya Prigogine, as concepções deterministas do universo, típicas da ciência clássica, opõem-se ao modelo complexo, sendo a certeza frente à incerteza. A linearidade do universo, sua geometria intemporal, é questionada e o mundo que se começa a decifrar mais parece um romance, no qual as histórias são interligadas: a cosmológica, a história da matéria, da vida, e a nossa própria história.¹⁹⁵

A própria noção de tempo transcende o pensamento moderno. E mais ainda, a noção clássica de espaço como algo sólido, rígido, organizado, passa a ser questionada frente ao surgimento do espaço cibernético,¹⁹⁶ bem como pela aceleração dos meios de transporte (seja de corpos físicos ou de informações), que reduzem as distâncias e fronteiras de forma significativa.¹⁹⁷

Zygmunt Bauman destaca a diferença entre a velocidade do corpo físico e a da informação, como tipo de comunicação que não envolve qualquer movimento do primeiro, o que se dá, por exemplo, por meio da Internet. Ocorre a separação da informação em relação a seu portador, uma vez que ambos estão em velocidades diferentes: a transferência da informação se dá de forma mais acelerada em relação à viagem dos corpos ou mesmo à mudança da situação que é conteúdo da mensagem.¹⁹⁸

Hoje, é necessário encontrar uma via estreita entre duas concepções alienantes do universo: a determinista, que recusa o potencial criativo do homem, e a excessivamente

¹⁹⁴ É importante notar que o autor diferencia os riscos e ameaças atuais daqueles existentes no período medieval notadamente porque aqueles são globais em seu alcance e tem na sua causa a própria modernidade. Ou seja, são riscos inerentes ao processo de modernização, como mais um produto da série do maquinário do progresso científico, agravando-se juntamente com o desenvolvimento desse último. (BECK, 2011, p. 26).

¹⁹⁵ PRIGOGINE, Ilya. **O reencantamento do mundo**. P. 232.

¹⁹⁶ “No ciberespaço, os corpos não interessam – embora o ciberespaço interesse, de forma decisiva e inexorável, para a vida dos corpos. (...) os corpos dos poderosos não precisam ser corpos poderosos nem precisam se armar de pesadas armas materiais; mais do que isso, ao contrário de Anteu, não precisam de nenhuma ligação com seu ambiente terrestre para afirmar, fundar ou manifestar seu poder.” (BAUMAN, 1999, p. 27).

¹⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. P. 24.

¹⁹⁸ *Ibidem*. P. 22.

céptica, que define o universo como aleatório, relativista, alheio à racionalidade. Só admitindo que o universo é mais complexo e flutuante do que até então se imaginava, poder-se-á pensar a construção de uma nova linguagem,¹⁹⁹ nas ciências físicas ou humanas, de que tal fenômeno reclama para ser interpretado.²⁰⁰

Tudo é questionado, desde as formas de trabalho e de conhecimento científico até os papéis-modelo dos homens e mulheres na família e na sociedade, o que, sem dúvida, influencia os meios de regulação social, como o direito:

As regras da vida cotidiana são viradas de cabeça para baixo. Mercados colapsam. Prevalece a carência em meio à abundância. Caudais de demandas são desencadeados. Sistemas jurídicos não dão conta da situação de fato. As questões prementes provocam desdém. Cuidados médicos falham. Edifícios de racionalidade ruem. Governos tombam. Eleitores indecisos fogem. E tudo isso sem que a suscetibilidade das pessoas tenha qualquer coisa que ver com suas ações, ou suas ofensas com suas realizações, e ao mesmo tempo em que a realidade segue inalterada diante de nossos sentidos. Esse é o fim do século XIX, o fim da sociedade industrial clássica, com suas ideias de soberania o Estado Nacional, automatismo do progresso, classes, princípio do desempenho, natureza, realidade, conhecimento científico, etc. (BECK, 2011, p. 10).

Ameaças atômicas e nucleares, bem como a grande degradação ambiental, são consequências do próprio progresso científico, gerando riscos de destruição da espécie humana. A consciência de que as fontes de riqueza estão associadas a ameaças se dissemina, e a modernização, com as forças destrutivas que traz em si, passa a sofrer severas críticas, que influenciam na definição dos rumos das discussões políticas.²⁰¹

Aos poucos, a esfera política e pública começa a interferir no gerenciamento empresarial, visando a combater o que parecem ser as causas dos riscos, ou seja, o próprio processo de industrialização. Começa a se tornar claro o que realmente se trata por riscos, ou seja, não apenas problemas relativos à saúde do ser humano e danos à natureza, mas também efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos daí decorrentes: perdas de mercado, depreciação do capital, controles burocráticos de decisões empresariais, novos

¹⁹⁹ Em profunda análise sobre a complexidade atual, Edgar Morin questiona os três pilares da ciência clássica, que seriam a ordem, a separabilidade – a análise como forma de conhecimento, fragmentando-se um problema complicado em diversas questões - e a lógica. Para o manejo dos meios intelectuais necessários à complexidade, o autor propõe o desenvolvimento da teoria cibernética, o repensar da teoria dos sistemas e a teoria da informação. A partir daí se teria a base, e apenas a base, para o desenvolvimento de uma nova forma de pensar o conhecimento científico, afastando-se o paradigma atual da redução que nos torna cegos na era da globalidade. (MORIN, 1998, p. 240-253).

²⁰⁰ PRIGOGINE, Ilya. **O reencantamento do mundo**. Pp. 231-237.

²⁰¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 25.

mercados, custos astronômicos, procedimentos judiciais, perda de prestígio, etc. É o que Ulrich Beck chama de potencial político catastrófico, e que passa a exigir uma reorganização do poder e da responsabilidade. Afinal, *“A sociedade de risco é catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”*.²⁰²

O autor ainda trabalha com a ideia de que a distribuição desses riscos, na sociedade, é desigual à distribuição de bens e de renda, sendo inversamente proporcional. Dessa forma, é a população de baixa renda que geralmente reside nas regiões mais insalubres, sendo também dela o maior risco de ficar desempregada diante dos processos de avanço tecnológico e de industrialização, devido a sua baixa qualificação. Contudo, a sociedade de riscos possui um efeito equalizador, no qual reside sua força política, ou seja, suas ameaças não são vistas como uma questão de classes, tendendo, sim, à globalização.²⁰³ Assim, os riscos da modernização não se dividem na população entre afetados e não afetados, e sim entre afetados e ainda não afetados.²⁰⁴

O risco, ademais, tem a especial propriedade de não se realizar no momento presente, tendo no futuro seu componente essencial. A possibilidade futura da produção extensiva de danos mina a confiança social, tendo, então, o efeito de antecipar destruições que não ocorreram, mas são – ou seriam – iminentes. Melhor dizendo, o risco é composto de um fator real, concreto, e de um fator irreal, como uma ameaça projetada para o futuro, sendo aí residente sua verdadeira força social argumentativa,²⁰⁵ pois, é pressupondo a concretização dos danos futuros que passamos a organizar nossa atuação presente.²⁰⁶

Importante destacar, sobre presente e futuro, a já referida mudança na noção de tempo. A própria nomenclatura “modernidade” demonstra uma sociedade que não se qualifica com base em um princípio fundador, e sim em premissas de tempo e mudança, como leciona Marc Guillaume. Há uma dupla temporalidade: a das organizações, com suas estratégias técnicas, econômicas e administrativas, e a do homem vulgar, ainda calcado em resistências e tradições, conforme se desenvolveram as civilizações até então. O tempo humano não corresponde ao tempo das organizações, que passam a forçá-lo.²⁰⁷

²⁰² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 28.

²⁰³ Os principais problemas passam a não admitir soluções locais, devendo ser pensados globalmente. (BAUMAN, 2007, p. 31).

²⁰⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 47.

²⁰⁵ Ibidem. P. 40.

²⁰⁶ “Na discussão com o futuro, temos portanto de lidar com uma “variável projetada”, com uma “causa projetada” da atuação (pessoal e política) presente, cuja relevância e significado crescem em proporção direta à sua incalculabilidade e ao seu teor de ameaça, e que concebemos (tentamos conceber) para definir e organizar nossa atuação presente” (BECK, 2011, p. 40).

²⁰⁷ GUILLAUME, Marc. **A competição das velocidades**. P. 109.

O desenvolvimento em massa de empresas, regras, instituições e informações possibilitou um certo domínio sobre o tempo na perspectiva do ser humano, gerando uma crise contemporânea entre a ordem industrial e tecnológica²⁰⁸ em comparação com a lenta transição de sociedades e civilizações tradicionais. Há uma tensão temporal, com uma dispersão das temporalidades. A competição mundial incentiva as empresas a adaptações contínuas e constantes, gerando exclusão de muitos no processo de produção e de consumo,²⁰⁹ ou mesmo a sensação de afastamento por aqueles que ainda se encontram, mesmo que de forma tênue, inseridos nesse processo.²¹⁰

Importante mencionar aqui que a concepção de tempo é fundamental para a compreensão da regulação normativa, tendo em vista a demora do procedimento legislativo ordinário e a aceleração das mudanças atinentes aos bens jurídicos que visa a regular, como a questão econômica. Isso justifica, em parte, a proliferação constante de complementações administrativas, em uma tentativa de apreender a realidade acelerada pela corrupção do procedimento comum de produção da lei, que ainda se encontra no tempo do humano.

O poder político não está apto a gerir tais diacronias, sendo as reformas estruturais sempre adiadas, substituídas por medidas conservadoras a curto prazo, mais populares:

Quando são muito atingidos por casos industriais e financeiros, os responsáveis políticos são efetivamente obrigados a tentar acelerar os aparelhos administrativos (utilizando para isso a retórica da urgência e dos procedimentos de exceção), mas só chegam parcial e momentaneamente a acompanhar os ritmos diferentes das grandes organizações econômicas, das administrações e da sociedade. Não conseguindo realizar essa transmissão de velocidades, o sistema político só consegue fingir que organiza os acontecimentos que o ultrapassam. (GUILLAUME, 1998, p. 111).

Em resumo, o tempo dos mercados não corresponde ao tempo dos cidadãos, sendo que o último é composto por momentos de espera, de incerteza, de maturação para seguir as boas direções. Da mesma forma, o tempo democrático é incompatível com a futurologia,

²⁰⁸ A relação entre a temporalidade e os novos riscos gerados pelos processos de industrialização é bem analisada por Jean Chesneaux, que avalia a crise planetária do meio ambiente como uma decorrência da diferença entre os ritmos lentos dos ecossistemas e as pressões imperiosas das prioridades técnicas e financeiras. (CHESNEAUX, 1998, p. 121).

²⁰⁹ “O progresso se transformou numa espécie de dança das cadeiras interminável e ininterrupta, na qual um momento de desatenção resulta na derrota irreversível e na exclusão irrevogável. Em vez de grandes expectativas e sonhos agradáveis, o “progresso” evoca uma insônia cheia de pesadelos de “ser deixado para trás”- de perder o trem ou cair da janela de um veículo em rápida aceleração.”(BAUMAN, 2007, p. 17).

²¹⁰ GUILLAUME, Marc. **A competição das velocidades**. P. 110.

pois está sempre aberto, em debate, avesso a projeções quantificadas. É, ou deveria ser, rico em potencialidades diversas.²¹¹

A sociedade então passa a não confiar mais na proteção oferecida pelo Estado. Os governos caminham em uma campanha de exceção na administração da crise, com medidas de emergência, almejando a permanência no poder, mas sem propostas de longo alcance. O Estado-nação perde força, de modo que essa força é, em parte, sugada por um processo de globalização predatório.²¹²

Assim, ocorre verdadeira simulação política, sendo a atualidade apresentada pela mídia em altíssima velocidade, sem tempo de espera, e os discursos que a comentam tentam impor-lhe um domínio meramente ilusório. A escassez do tempo acarreta a impossibilidade do pensar,²¹³ do trabalhar de novas ideias e possibilidades, gerando a repetição indefinida dos mesmos argumentos e propostas.²¹⁴

Conforme alerta Moisés Naím, a própria ideia de poder se encontra em crise. O poder no século XXI é fácil de ser obtido, difícil de ser utilizado e fácil de ser perdido, assim, quem o detém encontra mais restrições em sua utilização e paga mais caro por erros cometidos. Essa tendência pode ser observada não apenas nas tradicionais esferas em que o poder é disputado, como na política²¹⁵ e nos negócios, mas também na religião, na cultura, no poder pessoal e individual.²¹⁶

²¹¹ CHESNEAUX, Jean. **Tiranias do efêmero e cidadania do tempo**. P. 127-128.

²¹² BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. P. 31.

²¹³ “(...) o preço que a democracia tem de pagar para pensar o futuro social, para dominar as tensões do curto prazo e do longo prazo, representam um custo temporal elevado. A democracia abre o tempo; mas por outro lado leva tempo, através de arranjos de todas as espécies, de reuniões, de deliberações a diversos níveis, de procedimentos eleitorais muitas vezes fastidiosos” (CHESNEAUX, 1998, p. 126).

²¹⁴ GUILLAUME, Marc. **A competição das velocidades**. P. 111.

²¹⁵ Pode-se traçar um parâmetro entre as observações de Naím e fenômenos observados no setor de regulação administrativa. Conforme Floriano de Azevedo Marques, em que pese o Estado regule fortemente diversas atividades econômicas, ainda que sua exploração tenha ficado nas mãos de setores privados, tais atos regulatórios têm abrandado seu caráter autoritário, dando-se mais na forma de uma mediação dos diversos interesses envolvidos em casa setor ou litígio. Nas palavras do autor: “As causas para essa mudança de perspectiva não são meramente ideológicas. De um lado estão os fatores de natureza econômica que ao mesmo tempo que solapam a capacidade de investimentos estatais fazem emergir pólos de decisão econômica que transcendem e independem das estruturas (públicas) dos estados nacionais. De outro, há fatores de natureza política e social que fazem com que a sociedade tenha hoje uma perspectiva muito mais participativa em relação à atuação do poder público, assumindo um papel ativo e organizado nas suas demandas. Afora estes dois elementos, há ainda o forte impacto da evolução tecnológica que, a par de tornar as relações sociais e econômicas mais complexas, introduz um padrão crescente de exigências sociais. Neste contexto a noção de autoridade perde um tanto de sua centralidade como fonte da atuação estatal, dando lugar para a necessidade de novos espaços de legitimação para a atividade de regulação estatal (...). Ou seja, as transformações vividas pelo Estado e, principalmente, as alterações na configuração de forças na sociedade, levam a que a atuação estatal seja menos autoritária (no sentido do papel central da autoridade) e unilateral, passando a ser mais mediadora e negocial, sem perder a capacidade de tutela e consagração dos interesses das parcelas da sociedade com menor capacidade de prevalência no jogo social.” (MARQUES NETO, 2002, v. 228, p. 13-30).

²¹⁶ NAIM, Moisés. **O fim do poder: nas salas de diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?** P. 15-39.

Os espaços de poder são cada vez mais disputados, surgindo atores de diversos tamanhos, origens e naturezas, em negociações globais antes dominadas por grandes potências e corporações:

Organizações pequenas e incipientes conseguem rapidamente operar no plano internacional e ter repercussão global. Representam a ascensão de um novo tipo de poder – vamos chama-lo de minipoder –, que antes tinha pouca chance de sucesso. Hoje em dia, o que está mudando o mundo tem menos a ver com a rivalidade entre mega-atores do que com a ascensão de micropoderes e sua capacidade de desafiar com sucesso os mega-atores. (NAIM, 2013, p. 31).

Os ditos micropoderes se manifestam não pela coerção e pela atuação esmagadora, e sim pela ação de vetar, combater e limitar a margem de manobra dos poderosos.²¹⁷ Essa degradação do poder possui, como efeito imediato e cumulativo, a corrosão da autoridade, da moral e da legitimidade dos ditos poderosos, havendo uma tendência mundial de perda da confiança em líderes políticos, especialistas, instituições públicas, empresários e meios de comunicação. Segundo grande parte das pessoas, os líderes da sociedade têm menor confiança e credibilidade, uma vez que os cidadãos estão mais bem informados e conscientes de que há outras opções a seu dispor.²¹⁸

O autor divide em três aspectos principais as mudanças ocorridas na sociedade que contribuem para o cenário atual. Em primeiro lugar, a revolução do mais, que diz respeito ao aumento de tudo, desde o número de habitantes até os indicadores relacionados à condição humana, como expectativa de vida, educação, renda, etc. Em segundo lugar, a revolução da mobilidade, uma vez que tanto pessoas quanto informações se movem mais e de forma mais veloz. Por fim, a revolução da mentalidade, que diz respeito à mudança nas expectativas e critérios de sociedades rígidas e também liberais.

Esse maior acesso a recursos e a capacidade de se movimentar, aprender, conectar-se, comunicar-se, forma cidadãos muito diferentes daqueles que compuseram as últimas gerações. Os cidadãos questionam o poder, têm consciência da situação em que estão e de que existem outras possibilidades melhores de vida, gerando um inconformismo crescente.²¹⁹

²¹⁷ NAIM, Moisés. **O fim do poder: nas salas de diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?** P. 37.

²¹⁸ Ibidem. P. 34.

²¹⁹ Ibidem. P. 86-113.

O poder opera, segundo o autor, por quatro canais principais: a força ou a coerção; o código que origina a obrigação moral; a mensagem que persuade e a recompensa que estimula. As mudanças sociais colocam em xeque todos esses veículos, sobretudo a força, área em que comumente se manifesta o direito penal:

A incapacidade dos Estados Unidos ou da União Europeia de coibir a imigração ilegal ou o tráfico ilícito é um exemplo de como o uso do poder via coerção e força não dá bons resultados. Muros, cercas, controles de fronteira, documentos de identificação biométrica, centros de detenção, batidas policiais, audiências para obtenção de asilo, deportações – tudo isso é apenas parte de um aparato de prevenção e repressão que até agora mostrou ser extremamente caro, e muitas vezes inútil. Basta ver o fracasso dos Estados Unidos em coibir a entrada de drogas provenientes da América Latina apesar da sua custosíssima e prolongada “guerra contra as drogas”. (NAIM, 2013, p. 110).

É importante que se saiba, no entanto, que o poder possui, dentre outras, a função de organizar comunidades, sociedades, mercados e também o mundo.²²⁰ Assim, é inevitável que seu processo de degradação e desconcentração atue na atmosfera de instabilidade. A excessiva fragmentação do poder – assim como sua excessiva concentração – não seria desejável, pois, num mundo em que todos têm poder, decisões não são tomadas, ou o são de forma tardia e com eficácia reduzida. A falta de previsibilidade em um mundo tomado por diversas ameaças, como esgotamento de recursos, proliferação nuclear, crises econômicas, mudanças climáticas, terrorismo, tráfico, etc., faz com que a vida dos cidadãos passe a ser regida por incentivos e medos imediatos, com menores possibilidades de ações dirigidas a planos futuros.²²¹ Nesse caso, a estabilidade, a previsibilidade, a segurança e prosperidade material sofrem danos,²²² e os já mencionados riscos existentes – e crescentes – ficam mais difíceis de ser controlados.

O processo de globalização permitiu a construção de uma sociedade aberta, intelectual e materialmente. Somada essa abertura à indeterminação dos acontecimentos futuros, o conceito dessa nova sociedade, que originariamente correspondia a uma ideia de autodeterminação, dá azo à sensação de uma sociedade exposta, em que a população heterônoma e suscetível é sobrepujada por forças que não compreende e não controla²²³, de

²²⁰ NAIM, Moisés. **O fim do poder: nas salas de diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?** P. 37.

²²¹ Ibidem. P. 39.

²²² Ibidem. P. 317.

²²³ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos.** P. 12-13.

modo que essa sociedade, vulnerável, passa a ser cada vez mais obcecada pelo ideal de segurança.

Nesse contexto, dá-se azo ao chamado oportunismo de mercado, ou seja, a visualização, por alguns, de uma chance de lucrar por meio de tais riscos, aumentando a importância do conhecimento real da situação e do domínio dos meios de comunicação em massa, que são a forma de disseminar informações de teor duvidoso. Assim, a sociedade de riscos passa também a ser a sociedade da informação, avultando a diferença entre os produtores de risco e seus consumidores.²²⁴

Sobre o oportunismo financeiro das questões de risco,²²⁵ e tendo em vista o objetivo desta pesquisa, qual seja, a análise de questões jurídicas, mais especificamente criminais, é importante observar que muito desse discurso se aplica também na forma de oportunismo político.²²⁶ Ou seja, ocorre o uso de meios de comunicação e de disseminação de informações selecionadas para angariar apoiadores de projetos políticos, em termos criminais, que visam, de forma expressa e objetiva, a reduzir a insegurança social, ou a sua sensação. Nesse contexto, aplica-se novamente a noção de temporalidade dos acontecimentos sociais, sendo meramente ilusória a possibilidade de controle dos acontecimentos apregoada por tais discursos, os quais estão, em sua maioria, baseados em reiteradas ideias de lei e ordem.

Nesse sentido, de uma situação de riscos, tendo em vista sua força essencial de projeção de ameaças para o futuro, tomam forma projetos políticos criminais restritivos de garantias, tendo seus porta vozes destaque na mídia²²⁷ e, por consequência, notável apoio popular.

²²⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 56.

²²⁵ É importante, nesse sentido, destacar que a obra de Ulrich Beck foca-se, em sua parte inicial, nas ameaças atômicas e nucleares, bem como nas questões ambientais, todas oriundas dos processos de industrialização e da própria modernidade. Sendo tais riscos disseminados na sociedade, passam a dar origem a muitos outros, que envolvem questões políticas e sociais. A análise que se pretende fazer nessa pesquisa parte desse pressuposto, mas não de forma única, sendo necessário ainda ampliar e contextualizar a ideia de riscos para o momento atual, mais de trinta anos após a obra de Beck, e a partir de um ponto de vista do Terceiro Mundo, como o Brasil.

²²⁶ “A canibalização mercantilizante dos riscos favorece um vaivém generalizado entre velamento e desvelamento de riscos – com o resultado de que, no fim das contas, ninguém mais sabe se o “problema” não é afinal a “solução” ou vice-versa, quem lucra com o quê, quando é que autorias são estabelecidas ou ocultadas por conta de especulações causais, ou então se todo o discurso em torno do risco não é expressão de uma dramaturgia política deslocada, que pretende na verdade algo inteiramente distinto”(BECK, 2011, p. 56).

²²⁷ Sobre a divulgação de dados de questionável validade científica como fundamento para a disseminação de ideias contrárias a uma nova política criminal de drogas na Alemanha no final da década de 70, cite-se interessante artigo de Sebastian Scheerer: “El círculo de reforzamiento político-periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal”.

O sujeito político das sociedades de classes foi o proletariado, enquanto, nas sociedades de risco, ele corresponde a uma suscetibilidade de todos aos perigos atuais e futuros, sejam eles concretos ou imperceptíveis. Assim, todos passam a ser competentes,²²⁸ e, ao mesmo tempo, ninguém. Todos, aliás, com um duplo interesse: enfrentar os riscos, mas também garantir seu emprego, suas férias, sua família, etc. A globalidade da suscetibilidade auxilia na percepção errônea de situações problemáticas, que são assim repassadas adiante, dando origem à busca por culpados, ou seja, à construção de bodes expiatórios.²²⁹

O projeto político, então, deixa de perquirir ideais de igualdade e passa a ostentar ideais de segurança, que servem de base a inovações normativas. O mote da sociedade desigual passa a ser ocupado pela sociedade insegura. Assim, a solidariedade em torno da carência e da fome, típica da sociedade de classes, dá espaço, paulatinamente, à solidariedade em torno do medo, que emerge como uma força política, dando origem a movimentos de irracionalismo e extremismo.²³⁰ Tais formas de pensar possuem significativa influência na política criminal hodierna.

Especificamente sobre o medo, Zygmunt Bauman trabalha em uma perspectiva diversa, porém complementar. Diferentemente de Ulrich Beck, Bauman trabalha com uma outra espécie de medo, que é o medo do outro indivíduo.²³¹ A causa dessa sensação endêmica pode ser vista em dois momentos.

Em um primeiro momento, a individualização moderna liberta o homem dos laços sociais, substituindo as comunidades e corporações estritamente entrelaçadas pelos grandes centros e sua contingência. Nessa sociedade, o indivíduo sente-se livre. Em um segundo momento, no entanto, o ser humano dá-se conta de sua fragilidade e vulnerabilidade, privado da proteção que os antigos vínculos sociais lhe ofertavam.²³²

As redes de segurança oferecidas por família, vizinhança, comunidade, se não desapareceram, muito se enfraqueceram, assim como as relações pessoais passam a ser

²²⁸ “A cidade é um espaço em que cada pessoa é desconhecida para outra mas onde, ao mesmo tempo, se abrem espaços fantásticos de liberdade. (...) Porque a impossibilidade em que o indivíduo se encontra de se submeter a uma ordem exterior leva-o a ter de assumir, na primeira pessoa, opções de vida, opções morais, opções existenciais, que, em tempos passados, não teria de fazer. Essas eram-lhe ditadas anteriormente, fosse qual fosse o custo, pela estrutura social” (ROMAN, 1998, p. 42 e 43).

²²⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. P. 59.

²³⁰ Ibidem. P. 60.

²³¹ Joël Roman aponta, como um dos fenômenos que incentiva a maior regulação nas sociedades modernas, a própria atomização do indivíduo nos grandes centros. Passa a ser necessária uma exteriorização da sociabilidade, que deveria estar interiorizada. Quando os indivíduos se separam, e se temem, o único laço que permanece precisa ser de natureza institucional, criando a premente necessidade de mais leis e mais regulamentos. (ROMAN, 1998, p. 44). No mesmo sentido apregoa Ruth Gauer, concluindo que, quanto mais livres somos uns dos outros, mais necessitamos de regulamentação. (GAUER, 2009, p. 325).

²³² BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. P. 63-64.

dominadas pelo consumismo, não sendo suficientes para gerar laços duradouros. Ou seja, ocorre a dilapidação das relações humanas, o que indubitavelmente favorece a esfera de insegurança. Os laços ora gerados são passíveis de retirada unilateral, não comportando direitos nem obrigações.²³³

Soma-se a esse quadro um Estado enfraquecido, projetos políticos desacreditados, um mercado que transforma o outro em um concorrente em potencial, o anonimato dos grandes centros, os riscos oriundos do próprio progresso e uma mídia de massas que alardeia uma insegurança ainda maior que a real, e tem-se um cenário propício ao desenvolvimento de uma regulação sancionadora bastante preocupante:

O efeito é a autopropulsão do medo. A preocupação com a segurança pessoal, inflada e sobrecarregada de sentidos para além de sua capacidade em função dos tributários de insegurança e incerteza psicológica, eleva-se ainda acima de todos os outros medos articulados, lançando sombra ainda mais acentuada sobre as outras razões da ansiedade. (...) A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente. (BAUMAN, 1999, p. 127).

Conforme David Garland, as transformações que tomaram forma na segunda metade do século XX, período da modernidade recente, tardia, ou pós-modernidade, podem ser assim resumidas: a dinâmica da produção capitalista e os avanços em tecnologia, transportes e comunicações; a reestruturação da família, com redefinição e surgimento de diversos papéis sociais; as mudanças na ecologia social das cidades; a ascensão dos meios de comunicação em massa; e a democratização da vida social e cultural. Tais questões tiveram importante influência no crime e em suas formas de controle.²³⁴

Ainda na perspectiva da criminologia, é importante salientar que o movimento de punitivismo, baseado na insegurança, alcança os mais altos patamares em relação às classes marginalizadas. Enquanto muito do que foi apresentado nesse tópico parece justificar uma maior criminalização em questões ambientais e econômicas, os delitos das classes baixas,

²³³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. P. 35.

²³⁴ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. P. 185.

principalmente relacionados a crimes patrimoniais e de tóxicos – muitas vezes, também com fins meramente patrimoniais – não segue rumo diverso nesse contexto.

Aquele excluído do mercado é tenuamente diferenciável do criminoso, tendo mais uma nomenclatura que um tratamento diverso. Ambos passam a ser não mais temporariamente expulsos da vida social, visando a uma reabilitação e uma reintegração à comunidade, mas permanentemente marginalizados e inadequados, devendo ser apartados dos cidadãos cumpridores da lei.²³⁵

Conforme Jock Young, a transição da modernidade para a modernidade recente, em termos de criminologia, pode ser vista como a passagem de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente, ou seja, a tônica de incorporação é substituída pela de separação e exclusão.²³⁶ O desvio deixa de ser uma questão minoritária, pois a insegurança está na pauta do dia, e o outro, potencialmente desviante, está em toda parte. Somada à crise econômica, a sensação de insegurança dá novo potencial às respostas punitivas à criminalidade.²³⁷

Para além do parâmetro do risco e das questões já expostas, é essencial uma breve incursão na criminologia voltada à realidade latino-americana, a qual apresenta, para além dos fatores apontados – os quais muitas vezes são oriundos de influências estrangeiras –, suas próprias questões. Estas surgem em um ambiente de industrialização e urbanização tardia, permeado não apenas por uma aviltante desigualdade social e econômica, mas também por diferenças culturais e raciais que muito contribuem para a criminalização de determinadas condutas e classes.

Para muitos autores, como Aníbal Quijano, a forma com que as grandes cidades se formaram, em um processo de industrialização dependente, com extensas correntes migratórias e paulatina desvalorização do trabalho rural, contribuiu para a criação de estratos sociais com papéis pré-definidos, os quais são levados inevitavelmente à marginalização:

Al mismo tiempo que el aumento de la población de las ciudades industriales refuerza su atractivo, las características descritas del proceso de industrialización dependiente suponen una estructura tal del mercado de trabajo urbano que es totalmente imposible para las crecientes promociones migratorias y para las nuevas generaciones populares, nacidas en las mismas ciudades, incorporarse de manera estable y consistente en la estructura de roles y posiciones de la nueva sociedad

²³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. P. 76.

²³⁶ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. P. 23.

²³⁷ *Ibidem*. P. 36.

urbana que emerge con la industrialización. Esto es, esta industrialización dependiente es, por eso, excluyente; su lógica misma contiene la inevitabilidad de la marginalización de crecientes sectores de la población urbana. (QUIJANO, 2014, p. 115).²³⁸

As taxas de crescimento populacional²³⁹, nesses centros, e o progressivo domínio das indústrias nacionais por conglomerados estrangeiros também estão entre fatores que teriam contribuído para essa tendência, sobretudo no Brasil.²⁴⁰ Criticando o sistema capitalista em si, o autor refere os padrões culturais e de consumo, muitos oriundos de outros países, como Estados Unidos, como mais um sinal desse processo de dependência e dominação, o qual se difunde com especial auxílio dos meios de comunicação de massa.²⁴¹

Na América Latina, a política criminal segue, ainda, um procedimento direcionado à carcerização de determinados estratos sociais, o que se vislumbra principalmente no que tange à questão de drogas. Para Eugênio Raúl Zaffaroni, o discurso penal latino americano não pode ser racional, pois não atinge os dois requisitos essenciais à análise de sua

²³⁸ No mesmo sentido: CASTELLS, Manuel (org.). *Imperialismo e Urbanización em América Latina*. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S. A., 1973.

²³⁹ “En esas condiciones, gran parte de la población de las zonas rurales y de las propias localidades semiurbanas enclavadas en las áreas rurales, es lanzada fuera de las estructuras ocupacionales y de relaciones económicas, que tienden a deteriorarse más rápidamente y a acentuar su situación de crisis ya bastante larga en el tiempo. Y esto ocurre precisamente en el mismo momento en que las tasas de crecimiento de la población de esas zonas tienden a alcanzar índices muy altos. De ese modo, la marginalización de la población rural encuentra una salida en la migración hacia las ciudades y las áreas donde la economía urbana está en expansión, y, en esas áreas, sólo puede encontrar las condiciones restrictivas del mercado de trabajo y del mercado en general y es, de nuevo, marginalizada y, esta vez, definitivamente.” (QUIJANO, 2014, p. 118).

²⁴⁰ “Quizás el caso de Brasil es el más resaltante ejemplo de este proceso en este nivel de industrialización. Fue el único país importante de Latinoamérica, donde no hubo ningún “enclave” controlado por los grupos económicos metropolitanos, y donde el proceso de industrialización se ha llevado a cabo con gran vigor y ritmo, bajo el control inicial de empresarios nacionales o inmigrantes nacionalizados. Sin embargo, en la actualidad, la entera estructura de actividad económica de ese país está quedando rápidamente bajo el control de las redes monopolísticas extranjeras. Notablemente, en los años de mayor expansión industrial, la tasa de incorporación de mano de obra a la ocupación industrial fabril se mantuvo relativamente constante.” (QUIJANO, 2014, p. 116 e 117).

²⁴¹ “Sin embargo, en la actualidad, la capacidad de penetración y difusión de los modelos culturales metropolitanos sobre las sociedades urbanas en expansión y, de modo indirecto y segmentario, sobre las zonas rurales mas influidas por la urbanización, sobrepasa de muy lejos la que tenían los modelos culturales metropolitanos europeos en el período anterior. Los nuevos modelos están servidos por un poderoso aparato tecnológico de difusión, de un gran alcance geográfico-demográfico, y además, por la expansión y acentuación de las relaciones económicas de dependencia. No es adecuado explicar la difusión de modelos culturales metropolitanos por las sociedades dependientes solamente en términos de imitación e influencia, como quizás era en parte posible en los períodos anteriores. La actuación de poderosos medios de comunicación de masas podría hacer pensar que el fenómeno es puramente imitativo. Y, sin duda, lo es en una buena medida. Sin embargo, quizás en la parte fundamental, la dependencia cultural actual es mucho más el resultado directo de la imposición desde dentro de la sociedad dependiente. El hecho es que, en efecto, uno de los mecanismos básicos a través de los que se difunde la cultura dependiente es formado por los patrones de consumo. Los patrones de consumo enredan en su torno los niveles, el contenido y la orientación de las aspiraciones, van condicionando las normas de relación entre los grupos y los individuos, y desarrollando esquemas de orientación valórica correspondiente. El cash nexus está pasando a ser el signo de la vida de relación social.” (QUIJANO, 2014, p. 119).

legitimidade: o abstrato e o concreto. Por requisito abstrato, entende-se a viabilidade do meio para realizar o fim proposto e, por requisito concreto, a operacionalização, na realidade, do que está previsto na legislação. A violência extrema com que a lei penal é aplicada nessas sociedades dá origem a um sistema que deixa mais vítimas que os próprios atos que visa a reprimir. O discurso penal é, portanto, perverso, uma vez que seus objetivos declarados são impossíveis de se concretizar.²⁴²

Em estudo específico sobre a cidade de São Paulo, Teresa Pires do Rio Caldeira observa muitos dos fenômenos já apontados nesse título, como a prevalência dos temas “crime” e “violência” nos assuntos cotidianos e na mídia, a ideia de insegurança constante a impulsionar a alteração das paisagens urbanas, o sentimento de pessimismo e incerteza a definir não apenas o futuro do país, mas as experiências individuais, nas mais diversas classes sociais.²⁴³

Assim, vislumbrando-se, sem pretensões de exaurimento, o cenário social, econômico e cultural que tomou forma nos últimos anos, é possível detectar uma crise em termos mundiais, seja voltando-se para a sociedade e as transformações da técnica e suas consequências, seja voltando-se ao indivíduo, suas novas relações sociais e sensações.

Decorre, desse caldo cultural, mudanças bastante salientes em termos políticos e jurídicos, seja pela consagração de uma democracia de difícil materialização – uma democracia desencantada –, seja pela expansão de setores regulatórios que visam, sobretudo, à busca por legitimação política. A segurança, que é o fundamento primeiro dos discursos de emergência, principalmente na esfera penal, parece um objetivo cada vez mais distante de ser alcançado.

Portanto, analisadas algumas das causas da mudança em termos de diretrizes do discurso de regulamentação e controle, notadamente pela via penal, busca-se, nesse momento, vislumbrar como se desenvolveu esse novo direito penal, com intuito regulador e permeado por normas penais em branco. Para além da dicotomia entre liberdade de mercados e demanda por segurança, é necessário o estudo das correntes de pensamento jurídico-penal que se desenvolveram a partir de então, o que se fará no próximo título.

²⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** P. 11 e seguintes.

²⁴³ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **CIDADE DE MUROS: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo.** P. 27 e seguintes; 65.

2.3. O direito penal em expansão e a sua influência nas novas criminalizações

As pesquisas sobre direito penal do risco tiveram início na Alemanha, tornando-se mais conhecidas no Brasil a partir dos trabalhos de Cornelius Prittwitz, na década de 90. A concepção do autor, no entanto, analisa com ressalvas a obra de Beck sobre sociedade de risco:

(...) mi reconstrucción del Derecho penal del riesgo no comparte el punto de partida normativo de los dogmáticos del riesgo, y tampoco se vincula con las previsiones catastrofistas de Ulrich Beck, más políticas, en el mejor sentido de la palabra, que sociológicas, sino se origina de modo paralelo al real descubrimiento sociológico del riesgo tal como fue sintetizado por Niklas Luhmann²⁴⁴ en 1991. (PRITTWITZ, 2004, p. 149).

O ponto de partida do autor seria a influência do desenvolvimento social, no contexto da sociedade de risco, sofrida atualmente pela política criminal e pela teoria penal, principalmente em seu viés dogmático.²⁴⁵

O direito penal do risco consiste, sinteticamente, em um direito penal²⁴⁶ em expansão, o qual pode ser cada vez melhor comprovado empiricamente. A expansão se manifestaria principalmente por meio de três características: a acolhida de novos candidatos a bens jurídicos (como o meio ambiente, a saúde pública, o mercado de capitais, etc.); o adiantamento das barreiras entre comportamentos puníveis e impuníveis; e, por fim, a redução das exigências de reprovabilidade, mudando-se o paradigma de ataque para a ocorrência de mero perigo ao bem protegido pela norma. Nas palavras do autor, em sua obra máxima sobre o tema:

Novos bens jurídicos (como o meio ambiente ou a saúde pública) são protegidos por meio do direito penal. Bens jurídicos são protegidos por meio da antecipação da proteção penal (por exemplo, aumento dos crimes

²⁴⁴ Luhman trabalha com o conceito de risco na primeira parte de sua obra *Sociologia do risco*, opondo-o ao conceito de segurança (p. 64) e também relacionando-o ao conceito de perigo (p. 67), que seria o dano possível ocorrido por razões externas, ou seja, atribuível ao entorno, e não à decisão: “Finalmente, si comparamos otra vez las formas riesgo/seguridad y riesgo/peligro, podemos deducir una idea importante cuya observación podría contribuir a hacer menos apasionada la discusión pública de los temas relativos al riesgo y ayudarle a asumir formas más pulidas. Para las dos distinciones es válida la siguiente afirmación: no existe ninguna conducta libre de riesgo” (LUHMANN, 2006, p. 74).

²⁴⁵ PRITTWITZ, Cornelius. **Sociedad del riesgo y Derecho penal**. P. 150.

²⁴⁶ Para Prittwitz, a análise das tendências atuais do direito penal inclui, necessariamente, e diferindo da tradição latino-americana, o direito processual penal, o direito de execução penal e demais leis extravagantes sobre a matéria. É indispensável que se tenha essa visão de conjunto, envolvendo todas as legislações que abordam a temática penal, incluso as menos conhecidas e debatidas, uma vez que os institutos de uma influenciam diretamente nas demais. (PRITTWITZ, 2008, p. 53).

de perigo) e por último eles são protegidos, paralelamente à antecipação, não somente contra a ofensa ao bem jurídico, mas também contra o perigo de ofensa à bem jurídico (diminuição das exigências para a censurabilidade). (PRITTWITZ, 1993, p. 368 - tradução da autora).²⁴⁷

Conforme o autor, os comportamentos abrangidos pela norma não são mais aqueles considerados socialmente inadequados e sim aqueles apenas valorados socialmente de forma negativa.²⁴⁸ As novas características ostentadas pelo direito penal levam a questionar se ele está, de fato, direcionado a atuar de forma instrumental, visando a evitar comportamentos criminosos, ou se visa, sim, “à preservação simbólica da insegura sociedade de riscos”.²⁴⁹

Importante salientar que os traços de antecipação da proteção penal, nesse contexto, podem ser vislumbrados especialmente no direito penal ambiental, classificado por alguns autores alemães como um “direito penal de prevenção” (*Präventionsstrafrecht*).²⁵⁰

Em que pese a posição de Beck, considerada excessivamente pessimista por Prittwitz, a respeito das perspectivas da sociedade atual, o conceito de risco pressupõe, sim, uma ideia de preservação do futuro e de tutela de suas ameaças por meio do direito penal. Também aqui os riscos passam a ser o aspecto central dos conflitos sociais.²⁵¹ Um dos debates principais, quando se tem em mente o estudo do direito penal do risco, se dá na área da política criminal, principalmente tendo em vista o princípio da *ultima ratio*.

O novo programa de direito penal se assemelharia à mão invisível que regularia o mercado de segurança. No centro, estaria o direito penal em expansão, como uma reação das sociedades e dos Estados aos processos de modernização, trazendo áreas sociais anteriormente atípicas para a tutela do direito penal. Vários fatores auxiliariam nesse processo: o desenvolvimento técnico e científico com seus riscos específicos, os novos agentes criminalizadores, que passam a usar o direito penal para novos propósitos (como a proteção do meio ambiente), o mito de dirigibilidade por meio do direito penal e, por fim, a percepção social de que sua liberdade é ameaçada menos pelo Estado do que pelos seus próprios concidadãos. Essa expansão, segundo Prittwitz, somada à demanda por segurança,

²⁴⁷ „Vielmehr werden neue Rechtsgüter (z. B. die Umwelt oder die Volksgesundheit) durch Strafrecht geschützt, Rechtsgüter werden durch Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes (z. B. die Zunahme der Gefährdungsdelikte) geschützt, und schließlich werden sie parallel zu der Vorverlagerung nicht nur gegen rechtsgutfeindliche, sondern auch gegen rechtsgutgefährdende Einstellungen (Abnahme der Anforderungen an die Vorwerfbarkeit) geschützt“.

²⁴⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. P. 151.

²⁴⁹ Ibidem. P. 152.

²⁵⁰ LESITSCHNIG, Otmar. *Von Der "Risikosoziologie" Zum "Umweltstrafrecht": Soziologische Risikotheorien Im Sinne Luhmanns Und Becks Und Deren Funktionalisierung Im "Umweltstrafrecht"*. P. 111.

²⁵¹ PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. P. 154.

vem emprestando uma nova configuração ao direito penal, que passa a sofrer ajustes e consequentes deformações em seu perfil garantista.²⁵²

Muitos autores, como Stratenwerth,²⁵³ acreditam na seriedade das ameaças hodiernas, devendo-se considerar o uso do direito penal como estratégia para sua solução, o que representaria a preocupação com a preservação dos interesses de gerações futuras, conforme Schünemann.²⁵⁴ A verdade é que a solução estritamente jurídica da questão passou, de há muito, por um processo de desencantamento, principalmente no que concerne ao direito penal que, mesmo orientado às consequências, deve ser analisado levando-se em consideração que suas boas intenções podem, sim, originar maus resultados, predominando os efeitos colaterais aos desejados.²⁵⁵ Nas palavras de Prittwitz, buscar assegurar o futuro, por meio do direito penal, tem como pressuposto que a ameaça proceda de um comportamento que se pode, simplesmente e razoavelmente, proibir pela elaboração de uma norma jurídica.²⁵⁶

A escolha pelo direito penal como forma de tutela é oriunda de uma determinada opção política criminal, uma vez que o conceito de bem jurídico auxilia na compreensão de que um valor específico merece proteção, não sendo necessário que essa proteção se dê pela via penal.²⁵⁷ Ao critério do bem jurídico deve somar-se, portanto, a idoneidade do meio –

²⁵² PRITTWITZ, Cornelius. **El Derecho penal en la encrucijada: abolición, diversificación, volver a la razón o entrar en razón? In: Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos.** P. 58.

²⁵³ STRATENWERTH, Günther. **Desarrollos modernos del derecho penal en Europa Central.** P. 54 e ss.

²⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.** P. 194

²⁵⁵ Constantemente criticada é, por exemplo, a teoria de Jakobs sobre o direito penal do inimigo, consubstanciada na premissa de que alguns criminosos perderiam o status de cidadão por suas condutas, sendo então necessária a aplicação de um direito penal despido de diversas garantias. Conforme o autor: “La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidade se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia em ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos (...) Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. (...) Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.” (JAKOBS, 2006, p. 40 a 47).

²⁵⁶ PRITTWITZ, Cornelius. **Sociedad del riesgo y Derecho penal.** P. 162.

²⁵⁷ Importante citar o pensamento de Helena Regina Lobo da Costa, em sua defesa pela abrangência de um maior número de condutas a serem protegidas pela via administrativa. A autora salienta, no mesmo sentido do pensamento de Prittwitz, não existir diferença ontológica entre o bem jurídico de hierarquia penal e aquele protegido pelo ordenamento administrativo sancionador, tratando-se, na verdade, de uma escolha política a ser feita pelo Legislativo. Nesses termos: “A reflexão sobre as ideias descritas brevemente acima leva já a algumas conclusões. A primeira delas é que o debate sobre distinção ou identidade entre ilícito administrativo e penal é uma questão normativa e não ontológica. Crime e ilícito administrativo são produtos normativos, não existindo na realidade como tais. Portanto, não há que se falar em condutas concretas que necessariamente

no caso, o direito penal – para realizar sua tutela efetiva. Isso se dá com base em quesitos de proporcionalidade que devem permear a atuação de todos os membros de um Estado de Direito, inclusive do Legislador penal.²⁵⁸

Por fim, o autor discorda das objeções ao uso do direito civil e do direito administrativo na tutela de condutas, salientando que esses não possuem os mesmos obstáculos que o direito penal:

El que otros sectores del Derecho deban también respetar las garantías del Estado de Derecho no implica que éste les imponga *ataduras similares o parecidas* a las del Derecho penal, pues éste, debido a su gravedad y a que sus consecuencias jurídicas contradicen el propio sistema de valores del *Rechtsstaat*, sólo está legitimado como última ratio dentro del estado de Derecho liberal, motivo por el que existen cautelas especiales. (...) Suprimir esta diferencia significa negar o considerar irrelevante la historia de los diferentes sectores del Derecho, sus fundamentos específicos, presupuestos y consecuencias jurídicas. (PRITTWITZ, 2004, p. 175).

Nesse sentido, outras formas de regulação e sancionamento parecem surgir como uma alternativa inicial para a superação do direito penal do risco, conforme será desenvolvido na última parte desta tese.

Luigi Ferrajoli, em análise sobre a criminalidade hodierna, aponta o fato de que essa se relaciona com o poder, dando-se de forma organizada e atingindo bens fundamentais. Como principais áreas de incidência do fenômeno, elenca os delitos relacionados às organizações criminosas e aos atos de terrorismo, a saber, a criminalidade econômica e empresarial, bem como a criminalidade cometida pelo próprio Estado e seus agentes, a qual se dá principalmente por meio de corrupção. O cenário então vem provocando verdadeira inflação legislativa em matéria penal, a qual provoca um colapso da própria capacidade regulativa, gerando incerteza e arbitrariedade próprias do que foi o direito jurisprudencial pré-moderno.²⁵⁹ Ainda, o dito direito penal burocrático resulta extremamente ineficaz, tornando-se preponderantemente simbólico:

É claro que uma tal crise de inflação do direito penal é o sinal e o produto de uma política penal conjuntural, incapaz de fazer frente à causa estrutural da criminalidade e voltada unicamente a dar guarida, ou mesmo a

tenham de ser crimes, tampouco que tenham de ser ilícitos administrativos em razão de estruturas ontológicas” (COSTA, 2009, p. 566).

²⁵⁸ PRITTWITZ, Cornelius. **Sociedad del riesgo y Derecho penal**. P. 170.

²⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Criminalità e globalizzazione**. P. 81-84.

alimentar, ao medo e aos humores repressivos presentes na sociedade. (FERRAJOLI, 2003, p. 85 - tradução da autora).²⁶⁰

Esse modelo de direito penal máximo foge à racionalidade, colocando em xeque os clássicos princípios garantistas que o legitimaram²⁶¹. Ou seja, é necessário atentar-se para o fato de que o direito penal expandido pela sociedade de riscos se dá em razão de uma política criminal de cunho preventivo, a qual encontra apoio maciço na sociedade influenciada pelo alarde midiático – opinião pública e publicada.²⁶²

O referido caldo cultural aponta para a necessidade de que um sistema de garantias ditas exageradas seja prontamente trocado por um controle, ainda que simbólico, que funcione de forma expansiva e ostensiva, aumentando as condutas abrangidas pela norma penal e também as sanções atribuídas a estas condutas.

Conforme Silva Sanchez, deve-se atentar ainda à tendência de que movimentos anteriormente ligados aos direitos fundamentais, hoje, passem a pugnar pela expansão do direito penal,²⁶³ o que se dá, nos exatos termos dessa pesquisa, principalmente em sede de direito penal ambiental e econômico. Contudo, conforme alerta o autor, a supressão de garantias na criminalidade dos poderosos não representa necessariamente uma menor persecução criminal aos *powerless*, “algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas”.²⁶⁴

O autor ainda faz importante análise sobre o fenômeno da administrativização do direito penal, apontando para o fato de que esse passa a ostentar finalidade regulatória, tutelando condutas que, isoladamente, pouca ou nenhuma lesão causam ao bem jurídico, à moda dos delitos de acumulação.²⁶⁵ Esse é, sem dúvida, um dos mais importantes fenômenos para que se averiguem as causas do chamado direito penal deslegalizado.

A mentalidade administrativizada do direito penal acarreta a inclusão de condutas visivelmente sem relevância para sua área de tutela, bem como a proteção da atividade administrativa em si considerada. A um modelo de Estado chamado por Silva Sanchez de regulatório (em tradução nossa), o qual se encontra cada vez mais ausente na produção de

²⁶⁰ “È chiaro che una tale crisi inflattiva del diritto penale è il segno e il prodotto di una politica penale congiunturale, incapace di fronteggiare le cause strutturali della criminalità e rivolta unicamente ad assecondare, o peggio ad alimentare, le paure e gli umori repressivi presenti nella società”.

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Criminalità e globalizzazione**. P. 84.

²⁶² LYRA, José Francisco Dias da Costa. **A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal**. P. 257.

²⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. P. 80.

²⁶⁴ Ibidem. P. 70.

²⁶⁵ Ibidem. P. 156.

bens e serviços, bem como na prestação de benefícios, o que se vê realçada é a ideia de “polícia”. Em determinados setores mais propensos à produção de riscos, ocorre verdadeiro uso de sanção penal e administrativa com finalidade preventiva, o que ainda se mostra insuficiente. Logo, se origina um novo objetivo: o controle permanente sobre atividades ora lícitas, porém perigosas, pois criadoras de riscos.

Esse Estado vigilante realiza a coleta permanente de informações que podem vir a ser relevantes e, por consequência, qualquer obstaculização desse mecanismo cognitivo passa a ser considerada infração. O eixo do sistema passa a ser a prevenção comunicativa e não eventual lesão.²⁶⁶

No que tange especificamente ao papel do Estado, o autor chileno Enrique Cury analisa como fundamental a influência das ideias iluministas, sobretudo a separação de poderes, no atual fenômeno de proliferação de normas em branco. Para o estudioso, o direito penal anterior à Ilustração era predominantemente administrativo, uma vez que os próprios juízes se encontravam submetidos à Administração na prolação de suas decisões. Ademais, os interesses da comunidade se identificavam com os do Estado absoluto e do monarca. A sobrevivência de ideias liberais e de revoluções conduz a uma situação diametralmente oposta, com a separação de poderes e a concentração da função punitiva no Legislativo e no Judiciário. A punição criminal deve, então, estar determinada em lei e ser imposta mediante processo judicializado, restando ao Executivo, representante da Administração, outras funções.²⁶⁷

Ainda que, a todo tempo, algumas funções sancionatórias remanescessem na Administração, a referida mudança desencadeou uma inflação de Códigos e legislações penais acessórias, as quais passaram a incorporar também contravenções menores, tipicamente administrativas.²⁶⁸

A situação pôde se manter enquanto o Estado se manteve subsidiário à atividade privada, com reduzida ingerência administrativa. Contudo, à medida que esse se expandiu novamente, superando a concepção individualista e passando a assumir diversas atividades sociais complexas, os órgãos administrativos e suas regulações também se desenvolveram, surgindo cada vez mais contrastes entre os interesses da Administração e os dos indivíduos, somada a uma organização social de cidadãos que passaram a requerer maior participação

²⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. P. 163 e seguintes.

²⁶⁷ CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal**. P. 69-71.

²⁶⁸ *Ibidem*. P. 69-71.

nos processos de tomada de decisões. Assim, sendo inviável a intervenção de tribunais para sancionar todas as infrações administrativas, a técnica da lei penal em branco, bem como da pena administrativa, tornou-se cada vez mais recorrente, e a Administração, para cumprir suas obrigações e seus propósitos cada vez mais amplos, passou a necessitar de crescentes faculdades sancionadoras.²⁶⁹

Os temas abordados nesse tópico estão inevitavelmente relacionados, uma vez que a sociedade do risco é um dos fundamentos que conduz ao estado de prevenção e vigilância. Uma economia liberal e privatizada, somada a um contexto policial e preventivo, enfraquece as barreiras à intervenção, fragilizando a esfera jurídica do cidadão. As supervisões fazem parte da rotina, independem de suspeita, sendo inerentes a um modelo de gerenciamento de riscos,²⁷⁰ o que se reflete hoje na economia com o já mencionado avanço das técnicas de *compliance*.

Hassemer aponta, ainda, a mídia e a violência dramatizada como uma das causadoras das agravações que se observam no direito penal material e no processo penal, em busca de uma famigerada eficiência. No mesmo sentido do pensamento de Silva Sanchez, o penalista alemão reforça o caráter simbólico desse direito punitivo, apontando que a política criminal, dita moderna, concentra-se em agravar sanções e expandir processos de criminalização, ocupando campos, que constituem centros de risco, com percepção política, afastando-se dos danos eventualmente causados pelas condutas. Tais áreas seriam, sobremaneira, o meio ambiente, a economia, os impostos, as drogas, dentre outras.²⁷¹ A sede

²⁶⁹ CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal**. P. 69-71.

²⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. P. 165.

²⁷¹ Importante fazer referência ao pensamento de Klaus Lüderssen, que reconheceu, ainda na década de 90, o problema da crescente exigência de conhecimentos extra jurídicos para a aplicação da norma penal, o qual decorre, em grande parte, da expansão desse tipo de responsabilização para diversos setores, como a economia: “Quanto mais expansiva é a lei criminal a esse respeito, maior é seu conteúdo político e o conhecimento a ser mobilizado para sua aplicação. Disso decorrem enunciados com muitas consequências, porque deve-se explicar quais os limites da política legislativa e em que momento o perito especializado é necessário. Sempre foi uma lenda a afirmação de que a aplicação da lei é livre de políticas e não faz referência ao conhecimento extrajurídico. Mas com o status que o movimento do sistema de justiça criminal alcançou agora, tornou-se óbvio que a aceitação passiva dessas implicações deve ser afastada por meio de sua abordagem consciente.” (tradução da autora). No original: Je expansiver das Strafrecht insoweit ist, um so grösser ist sein Politikgehalt und das für seine Anwendung zu mobilisierende Wissen. Da sind folgenreiche Aussagen, denn man muss erklären können, wo die Grenzen zur Gesetzgebungspolitik verlaufen und an welcher Stelle der spezialisierte Sachverständige notwendig wird. Immer ist es eine Legende gewesen, dass Rechtsanwendung politikfrei sei und ohne Bezugnahme auf ausserjuristisches Wissen. Aber bei dem Stande, den die Bewegung der Kriminaljustizsystems jetzt erreicht hat, ist das so offensichtlich geworden, dass die stillschweigende Akzeptanz jener Implikationen einem bewussten Umgang mit ihnen weichen muss. (LÜDERSEN, 1995, p. 244).

por ameaça penal, no entanto, não leva em consideração as consequências dessa intervenção.²⁷²

Em outro trabalho, esmiuçando a influência da dita sociedade de riscos nas mais diversas esferas das ciências criminais, o autor atesta:

Las reformas en el Derecho penal material alemán y en los sistemas jurídicos comparables se caracterizan, desde la década de los años setenta del siglo pasado, por la introducción de nuevos tipos penales (v. g., en el Derecho penal ambiental y en el Derecho penal económico) y por la agravación de las penas (v. g., en el Derecho penal de drogas y en la criminalidad en el ámbito industrial). (HASSEMER, 2009, p. 16).

Não por acaso, as três matérias citadas no enxerto são justamente as que se aponta nessa pesquisa como de maior ocorrência de normas penais em branco excessivamente complementadas.

Importante citar a crítica de Luis Greco que, em obra que analisa as mais diversas concepções de bens jurídicos coletivos, bem como a relação desses com o princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato. Ele afirma a necessidade de um conceito político criminal de bem jurídico, para além do mero dogmático, na esteira do pensamento de Roxin, assim como vislumbra um movimento de expansão no direito penal atual.²⁷³ Para o autor, no entanto, é mais racional e menos arriscado admitir-se que pode haver criminalizações, excepcionais e bem justificadas, sem que haja lesão a bens jurídicos, que fomentar-se a criação dos mais diversos bens, o que acaba por diluir o conceito e esvaziar seu caráter crítico.

O autor aponta a existência hodierna de pseudo bens jurídicos, que seria o caso da saúde pública nos delitos relacionados a drogas. Nesse caso, estaria a tutelar de forma antecipada a lesão a bem jurídicos individuais, sendo inclusive mais prudente a categorização de tais atos em crimes de perigo, o que permitiria um controle mais rigoroso das novas tipificações.²⁷⁴

Ainda no direito penal brasileiro, são muitos os autores que analisam as relações entre as mudanças sociais e a sua expansão. Segundo Fábio D'Ávila, o movimento atual provoca uma série de fraturas em diversos princípios fundamentais do direito penal e do direito constitucional em nome das mais variadas políticas criminais, que têm em comum

²⁷² HASSEMER, Winfried. *Crítica del derecho penal de hoy*. P. 10.

²⁷³ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. P. 1 a 2.

²⁷⁴ *Ibidem*. P. 97.

seu caráter expansionista, sobretudo nos novos ramos de incidência do direito penal, dos quais são exemplo o direito ambiental e o direito econômico. É o que o autor denomina direito penal secundário, em uma referência ao termo alemão *Nebenstrafrecht*.²⁷⁵

Luciano Anderson de Souza aponta a sociedade de riscos, com o advento de novos bens jurídicos, bem como a influência da mídia na opinião popular sobre segurança pública, como fatores que contribuem para uma produção legislativa desenfreada em matéria penal, ferindo de morte a subsidiariedade dessa intervenção no controle social. As áreas de interesses difusos são, novamente, as mais propensas a sofrerem extensas e ineficazes criminalizações, com farto uso de tipificações vagas, de caráter eminentemente simbólico.²⁷⁶

Para o autor, o uso de metodologias ultrapassadas de mero silogismo contribui para que a apreensão da realidade e a construção de um direito penal racional e eficaz, sem a supressão das garantias a ele inerentes, torne-se uma realidade cada vez mais distante. A aplicação de teorias como a imputação objetiva, bem como a assunção, pelo intérprete, de posturas mais abertas à dinamicidade da vida e a evolução científica seriam algumas das possibilidades de que soluções mais justas e coerentes pudessem ser construídas, sem que se abra mão de uma intervenção penal, porém de caráter subsidiário e minimizado.²⁷⁷

Para Ana Elisa Liberatore Bechara, a legislação penal produzida nas últimas duas décadas na América Latina, como um todo, representa um populismo irracional, o qual provoca um caos legislativo, originado de discursos vazios de natureza meramente moral. As múltiplas funções exigidas ao Estado, a pluralidade de fontes normativas, a submissão a imperativos sistêmicos de natureza econômica, tecnológica ou política e a total ineficácia desses controles e dos poderes públicos em manejá-los geram a perda de confiança na razão jurídica.²⁷⁸

Em outra obra, a autora se manifesta especificamente sobre o tema das normas penais em branco, afirmando que tal técnica se encontra vinculada a determinados setores de atividades, que possuem específicas circunstâncias técnicas e sociais, demandando, portanto, regulação mais dinâmica, a qual deve ser feita por outros ramos do direito. Tal regulação, se estabelecida por meio de norma penal, levaria à necessidade de sucessivas reformas, com dificuldades para a aplicação concreta das normas. A técnica, então, visa a

²⁷⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença**. P. 11.

²⁷⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. P. 139-160

²⁷⁷ *Ibidem*. P. 165.

²⁷⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito**. P. 162-163.

evitar a deterioração da lei penal, não apresentando, a princípio, problemas formais, uma vez que o complemento passa a integrar a norma; coloca em xeque, todavia, importantes aspectos materiais,²⁷⁹ os quais serão analisados na terceira parte deste trabalho.

Alamiro Velludo Salvador Netto assevera a ocorrência hodierna de um aumento da legislação penal, com a respectiva diminuição de zonas de interação sociais indiferentes a essa área. Novos bens jurídicos são objetos de tutela, desnaturando-se o modelo fragmentário e descontínuo de ilicitude.²⁸⁰

Para o autor, é necessário que se explicita a diferenciação entre criminalidade moderna e criminalidade de massas, sendo que essa diz respeito à propriedade individualizada e à desigualdade material, enquanto aquela decorre da detenção da propriedade e do gerenciamento do uso desses mesmos bens. Os crimes relacionados à economia (sistema financeiro, ordem tributária, relações de consumo, etc.), ao meio ambiente e ao Estado seriam frutos da chamada criminalidade moderna. Sua característica é um direito penal de forte carga simbólica, com aplicação de mecanismos consensuais e penas restritivas de direito. O tráfico de drogas, por sua vez, comportaria uma dupla classificação: crime de massa, no que tange à subcultura; e crime da modernidade, na perspectiva internacional de grande dimensão.²⁸¹

Especificamente sobre a criminalização de condutas relacionadas à economia, Renato de Mello Jorge Silveira salienta a relevância do conceito de sociedade de riscos de Beck, bem como dos processos de globalização. Para o autor, ambos os elementos estão em constante interação, incrementando riscos globais nas relações humanas. Assim, o direito penal econômico passa a suplantar fronteiras, sofrendo um processo de expansão que se origina de uma insegurança também globalizada. Contudo, o argumento de que se está a construir um direito penal que, pela primeira vez, abarca os poderosos não é suficiente para justificar o atropelo de garantias individuais arduamente conquistadas.²⁸²

Ademais, as técnicas legislativas utilizadas nessa seara são de todo questionáveis, como o grande número dos chamados crimes de perigo abstrato e a ausência de nitidez nas descrições típicas, gerando insegurança sobre o objeto de proteção da norma. Por fim, obviamente, a vasta aplicação de normas penais em branco,²⁸³ complementadas pelos mais

²⁷⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo.** P. 214 e 215.

²⁸⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Criminalidade moderna versus criminalidade de massa, I.** P. 141.

²⁸¹ *Ibidem.* P. 147.

²⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** P. 47-56.

²⁸³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos.** P. 145.

variados órgãos de gestão da ordem econômica, como o Ministério da Fazenda, o Banco Central, o Conselho de Política Monetária, a Secretaria de Direito Econômico, dentre outros.²⁸⁴

Ainda no cenário da sociedade de riscos que acarreta uma inflação na legislação criminal nas décadas de 1970, 80 e 90, o autor tece algumas observações sobre o caso das drogas. A crítica diz respeito ao bem jurídico saúde pública, considerado difuso,²⁸⁵ e a ocorrência inevitável da tipificação de delitos de perigo, como também ocorre ao direito penal econômico. A técnica legislativa ampla e genérica implica, segundo o autor, problemas de construção típica. Frise-se que esse é o campo da norma penal em branco por excelência. Para que se realize nessa área uma nova abordagem, deveria haver uma mudança no rumo da política criminal adotada, descriminalizando-se condutas e mantendo-se a punição apenas nos casos de tráfico, que tenham potencial de lesar toda a coletividade.²⁸⁶

No que tange ao direito penal ambiental, que se origina no Brasil com o Código Florestal de 1934 e culmina na famigerada lei n. 9.605 de 1998, a opção em si, pelo uso do direito penal, é criticada pelo autor. Aqui, a necessária assessoridade administrativa leva os sistemas que optam por uma proteção predominantemente penal, como Alemanha, Holanda e Portugal, a fazer uso indiscriminado de normas penais em branco,²⁸⁷ afrontando o princípio da legalidade pelo uso exacerbado de técnica tida como excepcional. Nesse setor, também ocorre a proliferação dos tipos de perigo.

Aponta também o autor que o uso do direito penal acaba por impedir a construção de uma política ambiental racional e efetiva, sabendo-se que a norma penal nessa seara possui, não apenas no Brasil, níveis alarmantes do chamado déficit de execução. Nesse sentido, muitas vezes, a lei que pune mais prejudica que contribui para a proteção do bem jurídico ambiental que se dispunha a tutelar.²⁸⁸

Especificamente sobre o direito ambiental brasileiro, a forma em que essa criminalização se deu é profundamente criticável. Optou o legislador por uma proliferação indiscriminada de normas, que passam a perder sua rigidez metodológica,²⁸⁹ tornando-se

²⁸⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. P. 142.

²⁸⁵ Para o autor, o interesse difuso serve à tutela de bens de uma coletividade indefinida, mas com um nexo individual. Assim, a construção tipológica é diversa, no sendo necessária a constatação de evento danoso. (SILVEIRA, 2003, p. 157).

²⁸⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. P. 133.

²⁸⁷ *Ibidem*. P. 140.

²⁸⁸ *Ibidem*. P. 151 e 152.

²⁸⁹ *Ibidem*. P. 137.

uma verdadeira determinação aleatória e desordenada de tipos penais, que levam a absurdos como a criminalização do dano culposo.

Nota-se, aqui, um ponto bastante relevante para a discussão das causas da chamada descriminalização. As searas em destaque nesse trabalho, quais seja, direito penal de drogas, ambiental e econômico têm como aspecto comum o bem jurídico coletivo ou difuso e a criminalização na forma de condutas perigosas. No cenário da sociedade de riscos, tais perigos são incontáveis e crescentes, surgindo a cada dia novas ameaças que precisam, pela lógica do sistema, fazer parte da tutela penal. Tendo em vista a impossibilidade de que a lei seja a cada momento reformada, opta-se pela facilidade do uso do complemento, que comporta a rápida alteração, superando questões temporais típicas da complexidade atual, as quais impedem regulações gerais.

Frise-se que, além das características voláteis do próprio bem jurídico, sublinha-se a volatilidade das condutas que os possam atingir, ou seja, o surgimento de novos “perigos” a cada dia em uma sociedade de riscos. Se o perigo tem, portanto, relevância penal, nada mais lógico que cada um deles passe, quase que instantaneamente, a fazer parte da norma.

2.4. A influência externa: o caso das leis de drogas

O estudo das causas da inflação da legislação penal em branco leva à origem concreta do instituto, para além dos ensinamentos de Binding já expostos na primeira parte dessa tese. E, nesse momento, é necessária uma breve incursão histórica sobre a regulamentação penal das drogas, para a qual deve-se expandir os limites da legislação nacional.

Em pesquisa ainda não publicada, Sebastian Scheerer e Luis Carlos Valois explicitam a origem do movimento proibicionista, que teria ocorrido no ano de 1903, nas Filipinas, as quais se encontravam ocupadas pelos Estados Unidos.²⁹⁰ Nesse período, estava sendo estruturado o sistema de licenciamento e importação do ópio,²⁹¹ visando-se, assim, ao aumento do recolhimento de taxas, bem como a redução dos custos da fiscalização. No entanto, o auge da Igreja protestante na América e das organizações missionárias, que julgavam imoral o lucro governamental oriundo dessa atividade, deu origem a um lobby

²⁹⁰ SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. **Direito comparado: proibicionismo e alternativas.**

²⁹¹ O tema também é abordado pelo autor na obra: **Die Genese Der Betäubungsmittelgesetze in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden** (a partir da página 17).

político, que seria o Serviço de Reforma Internacional, fundado em 1895. Tal Serviço viabilizou mais de duas mil petições que pediam a reconsideração e a absoluta proibição do ópio nas Filipinas, o que se deu por autorização do Congresso Norte-Americano, em 1905:

Esse foi o ponto de partida de um século em que os EUA construíram e fortificaram um sistema global: primeiro para o ópio e depois, respectivamente, para mais e mais narcóticos, drogas perigosas e substâncias controladas – com as designações variáveis indicando os círculos concêntricos nos quais o objetivo do sistema cresceu ao longo do tempo. (SCHEERER; VALOIS, no prelo).

A influência americana foi essencial, devido a seu papel hegemônico na política internacional, para o experimento proibicionista mundial. A iniciativa do país foi fundamental para a ocorrência do primeiro encontro internacional, em Xangai, no ano de 1909, e para a Convenção do Ópio de Haia, de 1912, que ditou as bases para o futuro sistema internacional de proteção.²⁹²

Aliás, é nesse exato momento que convém abordar o tema das normas penais em branco. As duas Convenções do Ópio de Genebra, de 1925, adicionaram mais drogas à lista de proibição. É precisamente no famigerado artigo 10 de uma dessas Convenções que reside a origem da regulação em branco na lei penal de drogas. Nas palavras de Sebastian Scheerer:

Possivelmente a procura pelas origens – e também pelas primeiras normas penais em branco – não leva ao direito ambiental, mas ao direito de drogas. Na Alemanha, ao § 1 II OpiumG (1929). Esta norma penal em branco não se tratava novamente de nenhuma invenção do Legislador alemão, mas surgiu de uma discussão internacional sobre a questão de como novas drogas poderiam ser proibidas sem grandes esforços (por assim dizer, automaticamente, ou sem referência ao Parlamento ou sem a constante alteração dos Tratados internacionais). O caminho levou de volta, então, ao segundo dos dois Tratados de Genebra sobre o Ópio, de 1925. O artigo 10 do Tratado Internacional sobre o Ópio de 1925 era uma primeira tentativa de cercar o problema, o que se consumou no Protocolo de 1948 (Lake Placid). (SCHEERER, 2017, s/p. - tradução da autora).²⁹³

²⁹² SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. **Direito comparado: proibicionismo e alternativas**. No prelo.

²⁹³ “Möglicherweise führt die Suche nach den Ursprüngen - also nach den ersten strafrechtlichen Blankettnormen - nicht zum Umweltrecht, sondern zum Drogenrecht. In Deutschland zu § 1 II OpiumG (1929). Diese Blankettnorm wiederum war keine Erfindung des deutschen Gesetzgebers, sondern entstand aus der internationalen Diskussion um die Frage, wie sich neue Drogen ohne großen Aufwand (gleichsam automatisch und ohne Befassung nationaler Parlamente und ohne die andauernde Änderung internationaler Abkommen) verbieten ließen. Der Weg führt also zurück zum zweiten der beiden Genfer Opium-Abkommen von 1925. Artikel 10 des Internationalen Opium-Abkommens von 1925 war ein früher Versuch, das Problem in den Griff zu bekommen, der im Protokoll von 1948 (Lake Placid) seine Vollendung fand.”

O referido artigo 10 da Convenção²⁹⁴ outorga poder a um órgão chamado “*Health Committee of the League of Nations*” que “*finding that any narcotic drug to which the present Convention does not apply is liable to similar abuse and productive of similar ill-effects as the substances to which this Chapter of the convention applies*”, ou seja, pode informar ao Conselho, recomendando que a Convenção passe também a ser aplicada a dita droga.

Atualmente, a proibição mundial de drogas se trata de norma internacional, de observância obrigatória por todas as partes signatárias das três Convenções da ONU: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971; a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. A de 1961 obriga os Estados a aprovarem leis que limitem o uso de drogas a fins médicos e científicos, estabelecendo cooperação penal nesse sentido. A de 1971 expande a abrangência da proibição para outras drogas, incluso LSD. Por fim, a de 1988 determina que os países criminalizem a posse e a compra de drogas selecionadas, permitindo a autoridades competentes o acesso a registros bancários e financeiros. Os tratados não são auto executáveis, devendo ser convertidos em lei nacional.²⁹⁵

Os órgãos da ONU responsáveis pelo funcionamento do regime mundial de proibição são a Commission on Narcotic Drugs (CND), o International Narcotics Control Board (INCB) e a United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). O INCB é a autoridade que planeja e supervisiona o comércio legal das drogas, monitorando a observância dos países. Em caso de descumprimento, o INCB pode notificar o governo do respectivo país e levar o fato ao conhecimento dos demais países em seu relatório anual, bem como à ONU. Nos casos graves, pode-se inclusive recomendar a exclusão do referido país do comércio mundial de remédios.²⁹⁶

Importante salientar que um país pode regular a mais, mas não a menos. Ou seja, as substâncias listadas nos ditos tratados devem estar proibidas, podendo o Estado signatário aumentar internamente a lista, jamais diminuí-la. Portanto, depreende-se que a política interna de drogas, bem como o preenchimento da norma penal em branco nela constante – como é o caso do Brasil –, foge, hoje, a qualquer ato de autonomia do país, que não pode adaptá-la às condições econômicas, sociais e culturais de sua população. O que se tem nesse

²⁹⁴ Disponível em: [http://treaties.fco.gov.uk/docs/fullnames/pdf/1928/TS0027%20\(1928\)%20CMD-3244%201925%2019%20FEB,%20GENEVA%3B%20INTL%20CONVENTION%20RELATING%20TO%20DANGEROUS%20DRUGS%20WITH%20PROTOCOL.pdf](http://treaties.fco.gov.uk/docs/fullnames/pdf/1928/TS0027%20(1928)%20CMD-3244%201925%2019%20FEB,%20GENEVA%3B%20INTL%20CONVENTION%20RELATING%20TO%20DANGEROUS%20DRUGS%20WITH%20PROTOCOL.pdf). Acesso em 10.07.2017.

²⁹⁵ SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. **Direito comparado: proibicionismo e alterativas.**

²⁹⁶ Ibidem.

caso é, portanto, a origem concreta das normas penais em branco, devendo sua complementação seguir ditames internacionais, impostos de fora para dentro, e que podem ser modificados também por interesse externo, inclusive por sugestão de órgãos internacionais que auxiliam no próprio sistema de fiscalização.

Importante salientar que todos os países signatários dos ditos tratados procedem da mesma maneira. Na Alemanha, por exemplo, a regulação se dá da mesma forma, por meio de imposições externas:

Para a complementação da Lei de Narcóticos com as substâncias proibidas, eram decisivos, em primeiro lugar, os anexos das duas Convenções da ONU de 1961 e 1971, das quais a Alemanha é signatária. Alterações aos Anexos são responsabilidade da Comissão de Entorpecentes dos Estados Unidos e devem ser implementadas pelos signatários das Convenções dentro de 180 ou 90 dias. (KÖRNER; PATZAK; VOLKMER. *Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz; Grundstoffüberwachungsgesetz. 8.; neu bearbeitete Auflage, 2016, p. 60 - tradução da autora*).²⁹⁷

Nesse caso, imposta a tutela penal por forças alienígenas, a ocorrência da deslegalização – por meio da definição do elemento central do tipo, o termo “drogas”, por norma diferente de lei – passa a ser uma consequência inevitável, uma vez que a regra deve conter o espaço em branco que permita a complementação pelos órgãos internacionais, que podem modificar a lista do Tratado a qualquer tempo, a qual deve ser, então, de pronto reproduzida internamente.

Importante salientar, ainda, que, no contexto delineado nesse capítulo, tal influência internacional na escolha do modo com que o Estado deve tutelar condutas lesivas a bens jurídicos também pode ser sentida na esfera do direito penal econômico. Atualmente, a preocupação transnacional com ditas formas de criminalidade se acentua em razão do possível uso dessas divisas no financiamento de atos terroristas, tema de grande parte das pesquisas em ciências criminais desenvolvidas atualmente na Europa.

Em interessante estudo sobre as origens do direito penal econômico, Renato de Mello Jorge Silveira traça uma sucessão de eventos históricos que levaram os Estados a dedicar uma maior atenção aos danos provocados por condutas relacionadas à economia. O autor

²⁹⁷ “Für die Unterstellung von Stoffen unter das Betäubungsmittelgesetz waren in erster Linie die Anhänge der beiden UN-Konventionen von 1961 und 1971 ausschlaggebend, da die Bundesrepublik Deutschland Vertragspartei dieser Konventionen ist. Änderung der Anhänge beschließt die Suchtstoffkommission der Vereinten Nationen und müssen von den Vertragsparteien binnen 180 Tagen bzw. 90 Tagen umgesetzt werden.”.

consagra o momento após a Primeira Guerra Mundial como aquele que deu origem ao chamado direito penal econômico, uma vez que a nova realidade – e sua repercussão nas estruturas sociais – levou à necessidade de uma intervenção Estatal na economia. A partir daí se seguiram uma série de medidas jurídico-administrativas, que expandiram a punição para condutas graves e não graves.²⁹⁸

A crise de 1929 e a eclosão da Segunda Guerra Mundial deram início a mais uma série de mudanças no cenário econômico mundial, originando, na segunda metade do século XX, fraudes, falências e desvios nunca antes ocorridos. Esse é, aliás, o momento em que se dá a superação do Estado liberal, o que se pode observar no Brasil a partir da Constituição de 1934. Ocorre, na Alemanha, a partir dos anos 70, um sensível movimento de criminalização de condutas relacionadas ao âmbito econômico, o que é seguido mundialmente.²⁹⁹

Com o advento da globalização, após o período de construção dos Estados-Nações, observa-se um enfraquecimento da ideia de fronteiras, o que abrange a circulação de capitais. O crime organizado, embora não seja originário desse período, ganha maiores proporções e oferece novos riscos, assim como a lavagem de dinheiro, abalando a estabilidade de vários países. Assim, passa o direito penal econômico a ser tema de acordos internacionais, como ocorreu ao direito penal de drogas:

Já em 1988, a problemática quanto às drogas ensejou Convenção dada em Viena. Ao depois, de se ver que, em 1994, a Organização das Nações Unidas promoveu, na cidade de Nápoles, a 1ª Conferência Mundial sobre o Crime Organizado Internacional, sensivelmente atinente ao tráfico internacional de drogas. Mostrando-se como uma sociedade criminal sem fronteiras, o crime organizado edifica-se como verdadeira sociedade econômica. Igual sorte é dada para a questão da lavagem de dinheiro, a qual, nessa mesma linha de pensar, demonstra ser problema inerente do salto qualitativo dos crimes em um processo de globalização. Desde 1980, quando o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou a Recomendação n. 80, visando medidas contra a transferência e ocultação de capitais de origem criminosa, a lavagem é motivo de preocupação. A isso seguiram-se a Declaração de Princípios da Basiléia, de 1988, e a Convenção das Nações Unidas, do mesmo ano e com os mesmos propósitos. Também de se dizer do Convênio de Strassburg, de 1990, com as modificações de 1991; as posteriores recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional, com suas revisões; as recomendações do parlamento Europeu, desde 1996; ou, ainda, a sintomática preocupação ocorrida após a onda terrorista internacional iniciada com os atentados de 11 de setembro de 2001, todos procurando, sempre, minimizar os efeitos dessa nova modalidade criminosa. (SILVEIRA, 2006, p. 58).

²⁹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. P. 20.

²⁹⁹ Ibidem. P. 22.

No direito ambiental, tal pressão também pode ser sentida, ainda que de forma mais tênue. É o que se dá, por exemplo, na Convenção de Estocolmo, de 2001, que busca regularizar o uso dos chamados POPs, poluentes orgânicos persistentes. Ainda que não fale expressamente em criminalização, a normativa estabelece, já em seu artigo 1º, que o país signatário deverá proibir ou adotar as medidas jurídicas e administrativas para eliminar a produção, utilização, importação e exportação das substâncias relacionadas em seu Anexo A.³⁰⁰

Em que pese tais influências não se darem nessas searas de forma tão direta como ocorre no caso das drogas, sabe-se que é também parte das causas da deslegalização, uma vez que tais movimentos provocam a demanda e a pressão internacional para que condutas passem a ser tuteladas pela esfera penal, ainda que dependam, para sua regulação, de forte intervenção administrativa.³⁰¹

3. Os problemas de redação e de execução das leis penais

Abordadas as características da sociedade hodierna e os movimentos de expansão do direito penal que nela se desenvolveram, é essencial que se reflita sobre outras possíveis causas da deslegalização.

Sendo o escopo desse trabalho a discussão das normas penais em branco excessivamente complementadas, ou seja, uma má aplicação de uma técnica legislativa existente e, a princípio, aceita como constitucional pela doutrina e jurisprudência majoritárias, é essencial que, neste capítulo, exponha-se brevemente as críticas pertinentes ao procedimento legislativo adotado no Brasil.

³⁰⁰ Texto integral disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_seguranca/_publicacao/143_publicacao16092009113044.pdf. Acesso em 28.11.2017.

³⁰¹ Sobre a influência externa na criminalização de condutas relacionadas à economia, como lavagem de dinheiro, evasão fiscal e mesmo a participação de escritórios de advocacia nesses trâmites, o que incluiria discussões sobre compliance, cite-se recentes trabalhos de Heloísa Estellita (ESTELLITA, Heloísa. “Responsabilidade penal de empresas motiva debates dentro e fora do Brasil”; “Exercício da advocacia e a nova regulação europeia”; ESTELLITA, Heloísa; BASTOS, Frederico Silva. “Tax exchange of information and International cooperation in Brazil”).

3.1. A crise da lei e da produção normativa

Como bem expõe José Luis Díez Ripollés, a reestruturação do Estado teve importante repercussão no papel ocupado pela lei. No Estado ilustrado e revolucionário, a lei foi instrumento de racionalização social por meio da mudança de regras da natureza para regras de ordem, tendo seu apogeu na codificação. No Estado positivista, a lei encontra sua importância institucional como produto da vontade da maioria, não se submetendo a outros limites que não aqueles impostos pelos detentores da soberania. Nesse momento, a ideia de superioridade implícita começa a ruir a vinculação da lei com a razão e o foco do direito passa a se deslocar para a aplicação da lei somente. Exemplo disso é o pouco cuidado nos processos de ampliação e atualização dos códigos que se seguiram.³⁰²

À consolidação do Estado social de Direito, soma-se a ausência de racionalidade da lei com a abundância de regulamentos e normas de categoria inferior, que seriam instrumentos para uma melhor atuação na nova sociedade que se forma. Com Constituições de forte conteúdo social e princípios norteadores da atuação política, o espaço da lei fica ainda mais restrito. No Estado de Direito constitucional, a lei sofre nova perda de importância, pois precisa adequar-se a uma série de prescrições constitucionais. Aqui, deve-se ainda considerar a sociedade de risco, já analisada nessa pesquisa. A demanda por intervencionismo administrativo superior ao Estado social, visando à prevenção de riscos, permite a discricionariedade administrativa por meio da inserção na lei de termos imprecisos. Tal fenômeno se une ao protagonismo judicial, pois são os tribunais que passam a ter a última palavra, diante da ausência de conhecimentos científicos inequívocos sobre dados da realidade.³⁰³

A crítica do autor, nesse quesito, é de extrema relevância. O direito atual se preocupa de forma demasiada com a aplicação da lei, com a argumentação jurídica, deixando qualquer racionalidade limitada à jurisdição. A legitimidade do arcabouço normativo parece decorrer quase que exclusivamente da autoridade daquele que a confecciona, sendo que a premissa é de que a elaboração de leis é uma atividade que concerne exclusivamente ao político e não ao jurista, que se limita a trazer colaborações técnico-jurídicas ocasionais.³⁰⁴ No entanto, a produção da lei merece o mesmo cuidado da sua aplicação, sendo necessário que, nessa

³⁰² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. P. 72.

³⁰³ *Ibidem*. P. 73.

³⁰⁴ *Ibidem*. P. 75.

primeira etapa, estejam vigentes todos os princípios constitucionais que permeiam as demais fases de concretização do direito, principalmente a segurança jurídica.

Segundo Humberto Ávila, a segurança jurídica é uma norma princípio, que visa a garantir a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do direito. Por cognoscibilidade não se denota completa determinação, tendo em vista os próprios limites da linguagem. No entanto, essa última, em sua concepção normativa, possui núcleos de significação já determinados pela doutrina e jurisprudência. A cognoscibilidade seria então a capacidade de compreender as alternativas interpretativas e os critérios indispensáveis à sua concretização.³⁰⁵

Por confiabilidade não se entende a imutabilidade, e sim que eventuais modificações assegurem a estabilidade e a continuidade normativas, uma vez que os direitos de propriedade e de liberdade devem permanecer, ainda que minimamente, válidos, de forma que os homens prossigam na organização de suas vidas.

Por fim, a calculabilidade é a elevada capacidade de antecipar conteúdos às consequências jurídicas atribuíveis de forma abstrata a fatos e atos, próprios ou alheios, bem como o período temporal dessas consequências, o que se dá pela reconstrução dos significados constantes nos dispositivos legais. A antecipação total, no sentido de previsibilidade, não seria possível, tendo em vista a natureza da ciência do Direito, que se dá por meio do uso da linguagem, muitas vezes indeterminada, dependente de processos argumentativos para a aferição de seu sentido.³⁰⁶

Assim sendo, deve a segurança jurídica ser garantida pelos três poderes, o que decorre da eficácia imediata dos direitos fundamentais que a todos eles se refere, conforme o artigo 5º da Carta Maior. Segundo o autor, o Legislativo deve obedecer as regras constitucionais de produção normativa, o Judiciário deve produzir interpretações uniformes e fundamentadas e o Executivo deve aplicar uniformemente a lei.³⁰⁷ Por óbvio, esse último Poder deve, ao produzir normas complementares, seguir as regras e limites impostos pela Constituição à atividade de produção normativa normalmente realizada pelo legislador. Assim, é necessário que o foco dos estudos jurídicos, bem como o crivo de legitimidade e legalidade, perpassa não apenas a aplicação da lei, mas também – e com ênfase – a sua produção.

³⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. P. 269.

³⁰⁶ *Ibidem*. P. 270.

³⁰⁷ *Ibidem*. P. 276.

No que tange à lei que pune, o Estado de Direito Constitucional, por sua ideia central, reforça hierarquicamente certos conteúdos normativos já assentados no Direito Penal, visando a limitar seus objetos de tutela a bens que tenham o valor implícita ou explicitamente reconhecidos pela Carta Maior, submetendo-os a um crivo de ponderação com princípios e valores, o que repercute no processo legislativo e de interpretação legal. No entanto, a sociedade de riscos atua em sentido inverso, pois obriga o legislador penal a abranger novos objetos de tutela, estimulando normas imprecisas, como tipos de perigo, fazendo uso frequente da lei penal em branco.³⁰⁸

A separação da Dogmática e da Política criminal por Von Liszt³⁰⁹ provocou um efeito ainda maior de isolamento, inclusive acadêmico, da última. A teoria jurídica do delito ganhou uma importância extremada, minando os esforços de que se construa uma racionalidade no processo de criação do direito, ou seja, das leis. A fundamentação do Direito Penal pelos fins da pena trata essa última como um pressuposto, centrado apenas na aplicação de um direito já positivado.³¹⁰ Se a argumentação se dá a partir da ideia da pena, ela se torna uma realidade jurídico-normativa pré-existente, que justifica a aflição que causa, por meio dos princípios que limitam os bens jurídicos e a responsabilidade do agente. José Luis Díez Ripollés advoga por uma legitimação diversa, que repense o direito a ser criado, questionando-se a importância dos bens eleitos para serem tutelados penalmente e a forma de se fazer essa tutela.³¹¹

3.2. A ausência de técnica legislativa: problemas no processo legislativo e questões de política criminal

Conforme Luiz Guilherme Mendes de Paiva, o processo legislativo penal se divide em três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Esse seria o caminho seguido por uma demanda social que é absorvida pelas estruturas burocráticas, transformando-se em projeto de lei discutido e aprovado nas instâncias políticas. Tais fases possuem, ademais,

³⁰⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. P. 77.

³⁰⁹ Também referida por DONINI, em texto crítico sobre o procedimento legislativo italiano e europeu (DONINI, Massimo. “La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico”. P. 69).

³¹⁰ Sobre o papel da doutrina como crítica à atuação do Legislador e não somente do juiz, cite-se **O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais**, de Fabiano Augusto Martins de Silveira (p. 10 e seguintes).

³¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. P. 79.

operações intermediárias, diversos atores e pressões, o que culminaria na criação de uma lei, no caso, penal.³¹²

No contexto da já exposta sociedade punitiva, a identificação de desajustes sociais com uma necessidade de intervenção penal se dá por meio de agentes sociais, que representam a prevalência do ponto de vista de grupos sociais na definição de políticas públicas e, no presente caso, de políticas criminais.³¹³ Nas leis estudadas, tal pensamento é bastante evidente quando se trata da questão das drogas, que penaliza de forma gravosa o crime de tráfico, deixando ampla margem de discricionariedade no momento da classificação de um fato como uso ou comércio de drogas, o que se dá, na prática, com grande influência de questões sociais.

Conforme o autor, são muitos os motivos que levam o parlamentar a optar por uma demanda e não por outras, no momento da elaboração de um projeto de lei. A resolução de problemas sociais, no contexto da sociedade punitiva, encontra na elaboração de novas leis penais uma forma mágica de oferecer respostas imediatas aos medos de seus eleitores, enfrentando pouca resistência. Nesse momento, o problema social ganha roupagem e linguagem jurídica, elaborando-se o projeto, que passará a tramitar na Câmara ou no Senado, e, geralmente, o interesse do parlamentar se esgota na propositura do mesmo.³¹⁴

Os problemas existentes na redação dos tipos penais brasileiros, seja os contidos no Código Penal, seja, principalmente, aqueles presentes na legislação extravagante, são, há tempos, apontados pela doutrina. Muitas são as questões pontuadas, como o fato de normas se originarem após a repercussão de um dito evento criminoso, tendo em vista reações populistas de resposta à demanda por intervenção penal. Ou ainda a colonização do direito pátrio por institutos e doutrina estrangeira, gerando o desprezo ou a não consideração das condições sociais nacionais; ou seja, as condições próprias do local onde a norma será aplicada. Ainda, aponta-se o uso do direito penal como recurso preventivo ante a ineficácia de uma lei, o que gera uma série de disposições penais, ao final de quase toda legislação, como meio de garantir futuramente a guarda de suas disposições.³¹⁵

Um dos graves problemas apontados na elaboração das leis penais, bem como na constatação posterior de sua eficácia, é o afastamento das ciências sociais do campo

³¹² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil**. P. 363.

³¹³ *Ibidem*. P. 366.

³¹⁴ *Ibidem*. P. 369.

³¹⁵ MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de. **A economia e a tipificação dos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes**. P. 179-180.

dogmático, principalmente a criminologia.³¹⁶ A crítica de Massimo Donini, ao se referir à legislação europeia, em especial à italiana, encontra abrigo perfeito no caso brasileiro:

En efecto, la praxis legislativa, ignorante del saber empírico-criminológico, y la tradicional ciencia normativa penal, igualmente ignorante del saber criminológico (cfr. Los principales “Manuales” de derecho penal) confirman conjuntamente la “lógica” coherencia de este matrimonio. Hay que destacar que incluso aquellos que proclaman la necesidad del saber criminológico, cuando escriben de teoría del delito, de parte general e incluso de tipos penales concretos, omiten completamente cualquier referencia al saber criminológico (salvo excepciones). No se sabe cómo administrarlo: cuando se critica el derecho vigente, o cuando se habla de criminología se dice que ésta (y las ciencias sociales) son necesarias, pero no se hace lo mismo cuando se entra in medias res en el derecho penal para comentarlo o sistematizarlo. (DONINI, 2004, p. 68).

O direito penal, sem o auxílio de ditas ciências, é um caminho bastante ineficaz na aferição da origem e dos efeitos dos comportamentos criminosos, o que contribui para que esteja cada vez mais afastado da realidade em suas tipificações. E, em que pese grande parte da doutrina reconhecer essa carência, são poucos os autores que realmente se dedicam a modificar essa forma de saber.

Ainda, de acordo com o que se delineou nesse capítulo, o movimento de criminalização de novos bens jurídicos difusos, o qual é impulsionado pela dita sociedade de riscos, faz uso de normas que tipificam condutas de forma vaga, ambígua, imprecisa e incompleta. Isso se dá pelo uso de tipos penais abertos, crimes de perigo e normas penais em branco,³¹⁷ os quais deveriam ser usados de forma parcimoniosa.

Marion Bach salienta que o recurso a tais técnicas é inexorável, pois a atividade dinâmica e contínua de alguns setores sociais produziria uma inevitável e constante deteriorização legislativa (aqui, o autor parte do pressuposto de que tais bens devem ser tutelados pelo direito penal). Acredita, também, que o conteúdo desses bens jurídicos se altera, seja por razões históricas, sociais ou econômicas, sendo um dos fatores que causa essa mudança e alteração das normas reguladoras.³¹⁸

Conforme Gabriel Adriasola, que se refere no caso especificamente aos crimes econômicos e financeiros, o uso dessas técnicas questionáveis de criminalização acarreta um

³¹⁶ Tal isolamento da criminologia no ramo das ditas ciências criminais já foi apontado por Moraes Pitombo em “A economia e a tipificação dos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes.”, p. 183, e por Salo de Carvalho em **Antimanual de Criminologia**, p. 39, dentre outros.

³¹⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. P. 126.

³¹⁸ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P.156-161.

outro problema, que é a ocorrência de arbitrariedade judicial na interpretação desses tipos. Sabendo-se da natureza simbólica de grande parte dessas normas, bem como da seletividade do aparato penal, o magistrado acaba por inclinar-se à uma interpretação mais rígida nesses casos, em busca de uma imagem de eficácia.³¹⁹

Importante ressaltar, nessa análise, que tais incriminações decorrem de uma política criminal que tem por premissa a absoluta necessidade de tutela penal de ditas condutas, a qual torna cada vez mais tênues as linhas entre o direito administrativo e o direito penal.³²⁰ Parte considerável da doutrina, aliás, já vem apontando para a necessidade de que o modelo penal clássico seja repensado, utilizando-se, para tanto, de modelos teóricos surgidos no direito alienígena. Conforme Luiz Gustavo Fernandes, os princípios rígidos do direito penal iluminista não comporta os injustos típicos da sociedade hodierna. Flexibilizar tais princípios é, no entanto, modificar-lhe em sua natureza, nas características que o consagraram como instrumento protetor de direitos humanos.³²¹

Ainda sobre o mau uso de técnicas legislativas, no caso da lei de drogas, a tipificação da comercialização e do uso de substâncias entorpecentes em uma norma penal em branco, que recorre a um sem número de verbos, intenta alcançar todas as atividades possíveis e, assim, aumentar a sensação de proteção. Contudo, o que ocorre é a criação de um delito de perigo de difícil observação e ineficaz aplicação, sendo inclusive problemática a diferenciação e a compreensão das condutas ali descritas.³²²

A expansiva criminalização de condutas relacionadas a ditos bens jurídicos provoca, de forma inexorável, o uso de tais procedimentos, ainda mais em uma sociedade como a atual, em processo constante de mutação. No caso das normas em branco, tema dessa pesquisa, a alteração das condições fáticas que guiaram a elaboração da norma complementar não levam ao exaustivo procedimento de revogação e confecção de nova lei penal, bastando a substituição do regulamento que a complementa.³²³ Sabe-se, no entanto,

³¹⁹ ADRIASOLA, Gabriel. **Juez, legislador y principio de taxatividad**. P. 1067.

³²⁰ Cabe mencionar, aliás, que são muitas as correntes que defendem a existência de diferenças ontológicas ou quantitativas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, advindo daí a diferenciação na tutela das condutas. Adota-se nesse trabalho, no entanto, o posicionamento de Helena Lobo da Costa, segundo a qual a diferenciação decorre de uma análise normativa, que se dá por uma certa discricionariedade do legislador permeada por princípios e regras, pela valoração da realidade, bem como por juízos de eficiência, conveniência e proporcionalidade. Esse tema será melhor abordado na última parte desse trabalho. (COSTA, 2009, p. 566).

³²¹ FERNANDES, Luiz Gustavo. **Criminalização versus administrativização: digressão dos instrumentos propostos pelos sistemas jurídicos mundiais no objetivo de coibir as infrações pós modernas**. P. 677.

³²² SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. P. 145.

³²³ *Ibidem*. P. 128.

que tais normas, se usadas de forma abusiva, violam a reserva legal e provocam uma série de consequências nocivas, as quais serão trabalhadas na terceira parte dessa pesquisa.

É de extrema lucidez a conclusão de Pierpaolo Cruz Bottini, em análise sobre as técnicas legislativas da sociedade de riscos e suas consequências:

Em síntese, o paradoxo do risco afeta diretamente a produção da legislação penal. A necessidade de conter simbolicamente a insegurança perante novos e inusitados riscos determina a expansão do direito penal, caracterizada pela utilização crescente da técnica de indeterminação da descrição do comportamento delituoso – normas em branco ou tipos indeterminados –, sempre pautada pela cautela em evitar que este rigor afete os responsáveis pela organização da produção econômica e os elementos necessários para o funcionamento do modelo do risco. O resultado dessa legislação imprecisa e seletiva será a transferência para outras esferas de regulação – administração pública ou Judiciário – da tarefa de preencher de sentido os textos legais, de determinar com maior exatidão a fronteira do permitido e proibido, o que, em última instância, acarretará na politização destas instituições. (BOTTINI, 2010, p. 119).³²⁴

Nota-se, portanto, que é inegável o prejuízo daí decorrente. Pode-se, então, encontrar na doutrina aqueles que advogam pela necessidade de que o procedimento legislativo brasileiro reencontre sua racionalidade. Para Luiz Guilherme Mendes de Paiva, essa só será possível quando se definir, antes de tudo, pressupostos e objetivos do sistema penal como um todo, de forma a inserir a lei no contexto amplo de concretização de determinada política pública.³²⁵

Adalberto Narciso Hommerding e José Francisco Dias Costa Lyra apregoam o desenvolvimento de uma Teoria da Legislação, a qual deve relacionar-se com a Dogmática Jurídica. Segundo os autores, é necessário que a Teoria do Direito volte seus olhos para a racionalidade da produção legislativa, avaliando seus diversos aspectos: linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético.³²⁶ Apenas com essa análise, poderá se falar em uma boa aplicação do direito, uma vez que a lei é a sua concretização, sobremaneira no contexto das atuais sociedades multiculturais.³²⁷

³²⁴ O autor também aborda a temática em: **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**, de Pierpaolo Cruz Bottini, p. 275.

³²⁵ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil**. P. 372.

³²⁶ O autor segue os critérios também referidos por Ripollés em **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**, p. 96, e por Luiz Guilherme Mendes de Paiva em **A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**, p. 52.

³²⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. P. 11-12.

É nesse sentido também a proposta de José Luis Díez Ripollés, que trabalha com a ideia de racionalidade na confecção das leis penais. Entende o autor por esse conceito a capacidade para manter uma interação entre a norma e o setor da realidade a ela correspondente, ou seja, a coerência com os dados que constituem essa realidade que se pretende regular. Assim sendo, a argumentação jurídica não deveria se resumir apenas ao poder jurisdicional, mas também ao procedimento legislativo penal, garantindo decisões legislativas que reflitam os acordos sociais e a adequação à realidade social na qual foram formuladas.³²⁸ E conclui:

Em síntese, a reflexão jurídico-penal se viu encurralada em uma estratégia equivocada: não se pode assumir o arbítrio irracional do legislador e tentar matizá-lo com princípios limitadores no momento da aplicação do Direito, mas deve-se sim submeter o legislador desde o início de sua atividade a critérios racionais de legislação, prevendo os meios jurídico-políticos para isso. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 109).

Ou seja, para além dos princípios concernentes à aplicação e à interpretação do direito, o procedimento de produção das leis penais também precisa ser formal e materialmente racionalizado.

Nesse ponto, o auxílio de pesquisas empíricas na produção legislativa seria, como já referido, essencial, já que o papel crítico da doutrina é insuficiente para esclarecer as consequências da lei, que, muitas vezes, são totalmente alheias ao projeto legal implementado.³²⁹

Essa é também a visão de Raquel Lima Scalcon, que salienta o decréscimo qualitativo, formal e material nas normas produzidas nacionalmente, diante do seu aumento quantitativo. Conforme a autora, em visão que se endossa nessa pesquisa, sequer é possível afirmar quantos e quais dispositivos legais ainda vigoram no Brasil, o que se agrava com a larga competência normativa do Poder Executivo, bem como com a coexistência de três esferas de atuação do Poder Legislativo, quais sejam, federal, estadual e municipal.³³⁰ A autora apresenta, então, o conceito de Legística, que é a ciência voltada ao estudo de meios para racionalizar o procedimento legislativo:

³²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. P. 91-93.

³²⁹ DONINI, Massimo. **La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico**. P. 84.

³³⁰ SCALCON, Raquel Lima. **Avaliação de impacto legislativo - A prática europeia e suas lições para o Brasil**. P. 114.

Desse modo, a Legística ocupa-se dos resultados concretos da aplicação de uma lei em dado contexto social. Ela quer antecipar (avaliar previamente) ou elucidar (avaliar retrospectivamente) as possíveis razões de um déficit de realização dos fins intencionados, ou seja, da não confirmação da prognose do legislador sobre os reais efeitos da lei. Noutras palavras, intenta-se analisar os atos legislativos à luz da sua capacidade de produzir ambicionadas mudanças na realidade social, as quais teriam servido de justificativa para a própria emanação da lei. (SCALCON, 2017, p. 115).

Assim, poderia-se delimitar o problema que se pretende solucionar com a norma e as possíveis consequências adversas que dela podem resultar, de forma a já evitar parte delas na formulação dos tipos, o que preveniria o uso de um Poder Estatal gravoso, como o penal, muitas vezes de forma inócua, ou seja, produzindo mais danos que resultados positivos. O estudo de impacto prévio e posterior, já realizado em vários países europeus como Alemanha e Suíça,³³¹ também evitaria a criação de falsas expectativas pela população, que já estaria ciente, de forma antecipada, dos resultados que serão possivelmente obtidos com a medida legal.

Isso poderia resultar, de certa forma, na diminuição da pressão popular em movimentos punitivistas e de hipercriminalização, o que se dá hoje, inclusive, em movimentos anteriormente ligados à tutela de direitos fundamentais, como o feminista e o ambientalista. A publicação da lei deixaria de ser, portanto, o final da responsabilidade do Legislador,³³² que se estenderia a partir desse ponto, com ainda mais intensidade.³³³

Para a autora, a avaliação de qualidade da lei, o que incluiria os estudos sobre sua eficácia, deveria estar ligada à própria validade da norma,³³⁴ aproximando conceitos que são, sim, complementares, mas se encontram diametralmente afastados no cenário jurídico nacional.

³³¹ SCALCON, Raquel Lima. **Avaliação de impacto legislativo - A prática europeia e suas lições para o Brasil**. P. 118.

³³² Fabiano Augusto Martins Silveira se depara com a mesma questão, ao analisar a pouca influência dos estudos doutrinários no procedimento legislativo. O autor aponta três características bastante salientes do procedimento legislativo brasileiro que deveriam ser questionadas: a) a falta de visão do legislador sobre o sistema normativo penal, o que gera novos subsistemas a cada lei extravagante promulgada; b) a falta de compromisso do legislador com a efetividade do produto normativo, sendo que o parlamentar só responde pelo estardalhaço midiático na criação da norma, não sendo lembrado posteriormente quando de seu insucesso; c) o legislador leva em consideração a natureza do ataque, e não o bem jurídico e as discussões teóricas são marginalizadas frente à conduta que se quer deter pela confecção da lei, o que desencadeia uma política criminal de redundâncias, que busca sempre respostas legislativas a novas formas de criminalidade. (SILVEIRA, 2010, p. 16 a 22).

³³³ SCALCON, Raquel Lima. **Avaliação de impacto legislativo - A prática europeia e suas lições para o Brasil**. P. 124.

³³⁴ *Ibidem*. P. 127.

4. Considerações parciais

Desse título, depreende-se, em primeiro lugar, que o uso de técnicas legislativas que colocam em xeque princípios ínsitos do direito penal, os quais consubstanciam garantias, torna-se ainda mais problemático em um caldo cultural punitivista, em que a criminalização de condutas se encontra em franca expansão.

É possível auferir-se que o crescimento do direito penal, já analisado em diversos países do mundo, dá-se, dentre outras formas, pela criação desenfreada de novos bens jurídicos, muitos dos quais são de questionável legitimidade.

Diversas condutas tipificadas penalmente já se encontravam sancionadas pelo viés administrativo, o que contribui de forma veemente para o uso exacerbado de técnicas legislativas que deveriam ser empregadas apenas de forma excepcional, quais sejam, a lei penal em branco e as demais formas de assessoriedade.

Esse contexto é típico de uma sociedade de riscos, na qual se antecipa o início da punição, que abrange atualmente o perigo concreto e abstrato. A atmosfera de insegurança, que se instaura principalmente em grandes centros, no qual o indivíduo se encontra cada vez mais isolado, gera o ambiente propício para o desenvolvimento de discursos políticos de expansão penal e redução de garantias, os quais ganham cada vez mais adeptos.

Ademais, em uma sociedade globalizada, a influência de políticas externas pode ser sentida em diversas criminalizações, sobretudo no que tange às drogas e à economia. Muitos países passam a ser pressionados para a adoção de ditas políticas criminais, podendo inclusive ser sancionados no caso de descumprimento de tratados e acordos que assim dispõem. Tal aspecto é especialmente problemático quando ditas diretrizes vêm de sociedades diametralmente opostas às que se construíram na América Latina, gerando a impossibilidade de que se pense uma legislação penal adaptada às necessidades e características típicas de cada local.

Por fim, a ausência de estudo detalhado das técnicas legislativas, mesmo em países nos quais o Poder Legislativo possui muitas e importantes funções, como o Brasil, colabora para que essas sejam usadas não apenas de forma exacerbada, mas também bastante problemática. Tais procedimentos carecem de racionalidade, dando origem a textos legais não apenas ilegítimos, pela causa que lhes deu origem, quais sejam, os discursos punitivistas, mas também formalmente inaptos, dificultando sua compreensão e aplicação, bem como a aferição de sua efetividade. Em matéria penal, sabe-se, formalidade significa garantia, o que agrava ainda mais as consequências da deslegalização.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS POSSÍVEIS DA DESLEGALIZAÇÃO

1. As consequências da deslegalização na tutela penal

Estudadas as causas da deslegalização, sem pretensão de exaurimento do tema, uma vez que essas são plurais e podem ocorrer de forma concomitante, passa-se para uma das principais razões da escolha desse problema de pesquisa, qual seja, a existência de diversas consequências nocivas que podem advir do uso exacerbado – e do mau uso - da técnica da norma penal em branco.

Este capítulo se concentra, então, no estudo detalhado daquelas que a presente pesquisadora considera como as mais graves consequências da deslegalização, que seriam: o desvio no bem jurídico protegido pela norma incriminadora; o desrespeito à competência legislativa constitucional em matéria penal; os danos ao princípio da legalidade em sua vertente de taxatividade; a ocorrência indiscriminada de erro de proibição; os diversos problemas - inclusive processuais - oriundos da complexa separação entre a esfera penal e a administrativa; e, por fim, a perda da efetividade da norma como um todo, seja sob o ponto de vista da teoria das funções da pena, seja pela constatação de existência de direito penal simbólico em muitas das matérias tidas por deslegalizadas, sobremaneira na ambiental.

2. O desvio no bem jurídico protegido pela norma

A origem do bem jurídico pode ser traçada a partir do pensamento Iluminista como uma reação à concepção moralizante de Direito. Uma conduta, para ser declarada como criminosa, não deveria apenas infringir uma norma ética ou divina, sendo preciso a prova de lesões materiais a interesses de outras pessoas, os quais foram posteriormente chamados de bens jurídicos. Assim se estabeleceram os fundamentos para um sistema penal de orientação empírica, voltado à necessidade de se averiguar as consequências da ação delitiva.³³⁵

O conceito de bem jurídico é essencial para a compreensão de todo o ordenamento penal brasileiro. Além de servir como critério guia para a própria disposição dos crimes na

³³⁵ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. P. 37.

parte especial do Código Penal, é relevante para a interpretação, compreensão e aplicação das normas penais.

O direito penal brasileiro se encontra assentado na teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos, sendo esta prevalência uma prova da grande influência da dogmática alemã no país, principalmente por meio de autores como Von Liszt³³⁶ e Welzel.³³⁷ Se a norma penal visa a punir uma lesão ou um perigo de lesão, que deriva de uma ação ou omissão proibida, é claro que essa ameaça deve estar direcionada a atingir um interesse, um bem. Essa teoria almeja, então, acrescer conteúdo substancial ao crime, emprestando-lhe sentido material.³³⁸

É difícil, no entanto, estabelecer um conceito que abranja os diversos posicionamentos doutrinários existentes no que tange à determinação dessa figura.³³⁹ Além de discrepantes conceituações, os autores divergem sobre quais valores poderiam ser erigidos à categoria de bem jurídico. Para tanto, buscam determinar os critérios que não possam gerar tutela penal excessiva ou deficiente.

Adota-se, nessa pesquisa, a chamada concepção funcionalista imprópria, representada por Roxin, segundo a qual a missão do direito penal é proporcionar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica, garantindo seus direitos fundamentais. Se isso significa proteger bens jurídicos, os últimos são as circunstâncias e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização de seus direitos e ao funcionamento do

³³⁶ Os ensinamentos do autor alemão influenciaram em grande parte a popularização do instituto do bem jurídico e a adoção desse no Brasil como fundamento para a intervenção do direito penal. (VON LISZT, 1899).

³³⁷ Sobre os estudos de Hans Welzel, a principal influência na dogmática penal brasileira é certamente a teoria finalista da ação penal, que superou a teoria causal da conduta. (WELZEL, 2001, p. 29).

³³⁸ FRAGOSO, Heleno. **Direito penal e direitos humanos**. P. 36.

³³⁹ A doutrina reconhece quatro diferentes visões a respeito do bem jurídico: a positivista, a neokantiana, a ontológica e a funcionalista. No positivismo, há duas perspectivas possíveis: a dos positivistas jurídicos e a dos positivistas sociológicos. Para os primeiros, o bem jurídico seria um elemento da norma, ou seja, o que está expresso na lei, entendida esta última como a vontade do Estado. Já para os positivistas sociológicos ou naturalistas, o marco penal está na materialização da capacidade de contratar por parte do sujeito, protegendo-se interesses ou pretensões individuais de acordo com sua importância, salientando o caráter utilitarista da norma penal (TAVAREZ, 2002, p. 188). Já para o pensamento neokantiano, o bem jurídico seria um valor que se identifica com a própria finalidade da norma, sendo um pressuposto elementar da cultura da qual emana o direito. Nessa visão, sua determinação dependeria intrinsecamente da norma em seu horizonte de sentido e direcionamento (TAVAREZ, 2002, p. 189). Na concepção ontológica, representada por Hans Welzel, o bem jurídico adquire contornos de valor ético-social (WELZEL, 2001, p. 49). Trata-se de uma espécie de criminalização da anti-sociabilidade, podendo ser caracterizado como um estado social que se impõe como vital ao indivíduo e à comunidade (TAVAREZ, 2002, p. 193). Finalmente, na visão funcionalista, podem-se distinguir três correntes: o grupo estrutural, o grupo funcional próprio e o grupo funcional impróprio. Para o primeiro grupo, ao qual se filia Muñoz Conde, bens jurídicos são pressupostos essenciais para a convivência em sociedade, graduados conforme a sua utilidade, dando-se especial ênfase aos bens jurídicos de abrangência coletiva. (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 1996, p. 58). Já para os funcionalistas próprios, corrente representada por Jakobs, os bens jurídicos não se tratam de interesses ou pressupostos existenciais, e sim de critérios para a validade fática da norma, pois dela se espera a proteção desses bens e a conservação da paz jurídica (JAKOBS, 2005, p. 32-33).

sistema Estatal.³⁴⁰ O bem jurídico deve ser auferido, portanto, por preceitos de política criminal, os quais se encontram dispostos na Constituição, que pressupõe a restrição do poder de punir: “*A día de hoy, cabe afirmar que es mayoritaria la tesis de la necesidad y posibilidad de vincular la teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación a la Constitución*” (ROXIN, 2013, p. 23).

De forma sintética, para Francisco de Assis Toledo, o bem jurídico é, em sentido amplo, o que se apresenta como valioso e necessário. Sejam reais ou ideais, materiais ou imateriais, são almejados, disputados, defendidos e, por essa mesma razão, encontram-se sujeitos a ameaças, ataques e lesões. Considerando que cada indivíduo tem, para si, os valores que considera mais caros, é necessário um conjunto de medidas aptas a proteger certos bens, essenciais à existência individual e coletiva, sem os quais não se pode manter a paz social.

Exposta a conceituação do bem jurídico, essencial dizer-se quais as suas funções no direito penal pátrio. Salienta-se, antes de tudo, que ele se encontra na exata fronteira entre o direito penal e a política criminal, não havendo um rol taxativo e imutável de bens, os quais variam conforme se modificam as relações sociais complexas, cabendo ao legislador adaptar o texto positivo no intuito de assegurar a eficácia da proteção que pretende criar ou manter.

O bem jurídico tem, portanto, cinco funções principais: a) axiológica, pois aponta os valores que o ordenamento tutelar; b) sistemático-classificatória, pois se trata de um critério para a sistematização da ciência penal, como se dá, aliás, na parte especial do Código Penal brasileiro; c) exegética, uma vez que serve de importante instrumento metodológico para a hermenêutica da norma penal; d) dogmática, tendo em vista que atribui significados à teoria do crime; e, por fim, c) crítica, expondo as reais opções e os fins perseguidos pelo legislador.³⁴¹

Do acima exposto, interessa, na presente análise, sobretudo a função axiológica do dito princípio. Como já referido, o bem jurídico, por constituir valor de importância ímpar, merece, em detrimento de outros, proteção a ser feita por meio do direito penal, instrumento mais gravoso de todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, o bem jurídico é, sim, elemento que justifica a existência de dita norma. A forma com que a lei penal é confeccionada expressa, por sua vez, as ideias de política criminal adotadas pelo legislador e os reais objetivos desse.

³⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito**. P. 56.

³⁴¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. P. 95.

Conforme Helena Lobo da Costa, o bem jurídico é um critério fundamental para que se avalie a referência material de uma incriminação, de forma que o tipo penal deve possuir seu substrato em um bem jurídico penal, o que é um requisito mínimo, mas não suficiente, para sua legitimidade.³⁴²

Assim, pode-se concluir que, quando se trata, por exemplo, da Lei dos Crimes Ambientais, essa só encontra autorização constitucional para existir se suas normas tutelam o bem jurídico que a justificou,³⁴³ ou seja, aquele que ela diz proteger, que é o meio ambiente.

Contudo, nota-se, não é o que ocorre em muitos dos tipos ali constantes, principalmente aqueles que usam de técnica legislativa denominada assessoriedade do ato, fazendo clara referência a licenças e autorizações como objeto central da norma. Nesse momento, a lei deixa de proteger o meio ambiente e passa a tutelar, com ênfase ainda maior, o cumprimento de atos administrativos, que é, por fim, a própria atuação da Administração Pública. Isso é o que ocorre, por exemplo, no tipo descrito no artigo 29 da referida lei, que proíbe a caça da fauna silvestre sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Para Juan Bustos Ramírez, não basta que se expresse conceitualmente o bem jurídico, sendo também necessária sua configuração efetiva na norma, para que se cumpra a norma garantista de necessidade da pena. O bem jurídico se trata de uma expressão material da intervenção mínima. Substituir o conteúdo real de proteção do tipo e criminalizar para suprir a falta de outros controles sociais ou a deficiência de políticas sociais se trata de um mero pretexto para justificar a intervenção punitiva Estatal.³⁴⁴

Conforme bem descreve Enrique Bacigalupo:

Los nuevos ámbitos de criminalización en el derecho penal moderno – delitos económicos y ecológicos – se caracterizan por que la amenaza penal tiende a reforzar el cumplimiento de normas administrativas que imponen deberes de hacer y obligaciones de omitir. Es muy frecuente que el derecho penal opere en este ámbito con un estricto carácter secundario, es decir penalizando el incumplimiento de normas de conducta que corresponden a un ámbito que le es ajeno. (BACIGALUPO, 1982, p. 196).

³⁴² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. P. 1.

³⁴³ Esse dado consta, aliás, na própria justificativa da lei: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

³⁴⁴ RAMÍREZ, Juan Bustos (Director). **Pena y Estado: función simbólica de la pena**. P. 107.

Tal sistema se aproxima, aliás, do que Günter Heine denomina sistemas de dependência absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Segundo o autor, uma das características de ditos sistemas seria, dentre outras, que a finalidade da proteção penal se resume a assegurar a execução administrativa, o controle e a supervisão das autoridades administrativas e o cumprimento dos standards jurídicos administrativos. Um exemplo seria legislações nas quais se criminaliza o mero descumprimento do ato administrativo, conforme ocorre na Grã-Bretanha e na França,³⁴⁵ e, como visto, no Brasil.

Sergio Moccia, em análise do ordenamento italiano, aponta a ocorrência do mesmo fenômeno, sobremaneira na tutela penal da economia e demais bens jurídicos coletivos ou transindividuais. Para o autor, ocorre a estipulação de uma ameaça penal para a violação de normas organizacionais pertencentes a outra área do ordenamento jurídico. O legislador acaba protegendo, em última instância, o cumprimento dessas normas, a que o autor chama “regras do jogo” (*Spielregeln*). A norma de proibição não recai mais sobre o bem jurídico em si, passando a proteger funções ou Instituições.³⁴⁶

Conforme Ana Elisa Liberatore Bechara, o uso de elementos normativos do tipo, advindos de outros ramos do direito, como o administrativo, também contribui para tal fenômeno. Isso se dá em razão da expansão da tutela penal para ramos que anteriormente não se encontravam em sua alçada, o que obriga a dita ciência a incorporar uma nova gramática, própria de outros setores. Há quem defenda um verdadeiro controle penal da administração, visando a tutelar bens jurídicos coletivos, que ficariam em risco pela negligência de órgãos estatais, como é o caso do meio ambiente.³⁴⁷

Assim, a complementação do conteúdo das normas penais por disposições externas gera, por consequência, dito problema de legitimação, pois a própria dogmática penal passa a ser substituída por outras, como a administrativa, a civil e a constitucional. Ademais, é evidente que o uso de certos termos obriga a outros, e também à adoção de procedimentos a eles vinculados, passando-se a construir um verdadeiro direito penal administrativo.

Jesus María Silva Sanchez descreve o fenômeno da inclusão, nos objetos de proteção da norma penal, de pura e simples atividade administrativa. Para o autor, o Estado, que diminui cada vez mais seu papel na prestação de serviços frente à globalização, amplia, em

³⁴⁵ HEINE, Günter. **Accesoriedad administrativa en el derecho penal en el derecho penal del medio ambiente**. P. 294.

³⁴⁶ MOCCIA, Sergio. **Das nicht gehaltene Versprechen: Bedeutung und Perspektiven des Grundsatzes der Bestimmtheit/Berechenbarkeit im italienischen Strafrecht**. P. 49 e 50.

³⁴⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. P. 124.

contrapartida, sua atuação no setor regulatório e na atividade de policiamento. Nesse contexto, determinados setores, mais propensos à criação de riscos, são tutelados na forma do que se denominou prevenção comunicativa ou contrafática, ou seja, com o sancionamento penal ou administrativo desses meros riscos, gerando liberdade condicionada.³⁴⁸

Esse reforço cognitivo se dá por diversas vias administrativas preventivas, como o uso de licenças e autorizações. O Estado é visto então como vigilante e inspetor, gerenciando riscos e trabalhando sempre de forma a preveni-los por meio da coleta e armazenamento de informações. Nesse sentido, surge o segundo mecanismo cognitivo de proteção, que é a punição dos que atuam sem essa licença ou buscam impedir, de alguma forma, a inspeção e a ideia de sanção passa a se afastar progressivamente do momento da lesão.³⁴⁹

A distância entre a dita inspeção e os bens jurídicos que merecem, de fato, proteção, é muito grande, e esse distanciamento se dá em quatro passos. Primeiramente, a pretensão de se evitar a lesão a um interesse se transforma na descrição de condutas lesivas ou perigosas a esse interesse. O segundo passo é a descrição, na norma típica, de contextos nos quais, de forma genérica, tais lesões ou perigos poderiam ser produzidos. Frise-se que a lesão ou o perigo de lesão a esses contextos é objeto de proteção administrativa e, paulatinamente, também penal.³⁵⁰

Na terceira etapa, estabelecem-se indícios dos quais se poderia derivar, hipoteticamente, a ocorrência desses riscos para tais contextos típicos, ou o raciocínio de acumulação de condutas lesivas ou perigosas por certo setor de atividade. Esses indícios são pressupostos de aplicação de sanções administrativas em casos de tutela de ações perigosas. Os perigos presumidos seriam violações à ordem de polícia, as quais são punidas por diversos procedimentos administrativos sancionadores. Por fim, na última fase, se inicia o procedimento administrativo de inspeção, ainda que não exista suspeita concreta de referidos indícios.³⁵¹

Resta pensar, no entanto, se a mera perturbação do correto funcionamento da supervisão estatal constitui lesão ou perigo relevante para um bem jurídico de hierarquia penal, ou seja, se a desautorização de uma norma é valor suficiente para a incidência do direito penal. Há o argumento de que as ações abstratamente perigosas legitimam o uso da pena criminal em razão de sua hipotética cumulação, pela reiteração generalizada da

³⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. P. 162 a 168.

³⁴⁹ Ibidem.

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ Ibidem.

conduta. Assim, cada perturbação isolada da atividade inspetora do Estado seria uma desobediência passível de imposição de pena privativa de liberdade, o que obviamente não se acredita. Contudo, os ordenamentos jurídicos passam a incorporar, progressivamente, tais estruturas.³⁵²

Nas palavras de Ana Elisa Liberatore Bechara:

Com efeito, o substrato material do delito deve ser respeitado, não podendo ser conformado pela violação de normas administrativas, as quais devem funcionar apenas como parâmetros político-criminais para a análise do risco (permitido ou proibido) da conduta proibida, e não como elementos estruturantes do conteúdo deontológico do delito. (BECHARA, 2017, p. 125).

Saliente-se que, nesse contexto, está também violado o princípio da ofensividade e da lesividade,³⁵³ pois a norma passa a tutelar elemento que não constitui bem jurídico, de forma que sua infração não gera afronta a bem com dignidade penal. Ainda que se encontre legitimada, no direito brasileiro, a proteção penal contra o perigo de dano, seja ele concreto ou abstrato, no caso em tela, nem sequer essa hipótese resta configurada, uma vez que a norma deixou de descrever lesão direta ou indireta a bem penal, ostentando muitas vezes caráter burocrático e regulatório.

Por fim, importante que se ressalte que não é ignorado o fato de que muitos autores³⁵⁴ questionam a própria existência de bens jurídicos coletivos, ou cunhados em momentos de expansionismo penal, como a ordem econômica, a saúde pública e o próprio meio ambiente. Ou seja, para esses autores, tais normas seriam ilegítimas antes mesmo da presente análise, pois, ainda que tutelem de fato tais bens, padecem pela falta de dignidade penal deles. E, além do mais, há tipos penais nessas searas nos quais permanece controversa a própria definição de qual bem jurídico visam a tutelar, como na lavagem de capitais. Contudo, sabendo-se da amplitude e complexidade dessa outra discussão, ela não será, nesse momento, aprofundada, uma vez que não é o cerne da presente pesquisa.

³⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. P. 162 a 168.

³⁵³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico: elementos para a legitimação do direito penal secundário**.

³⁵⁴ Sobre o tema, cite-se, dentre outros: “Legalidade e direito penal econômico. Cinco Conclusões estruturantes”, de Gustavo Henrique de Souza Silva; “O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro”, de Rodrigo de Grandis; “O crime de lavagem de dinheiro”, de Pierpaolo Cruz Bottini.

3. O princípio da legalidade e a reserva legal: A competência legislativa penal

No presente tópico, centra-se o debate no princípio da legalidade, especialmente em uma de suas vertentes, a reserva legal. Para além do próprio princípio, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, encontra-se estabelecida, no artigo 22 desse mesmo diploma, a competência privativa da União para legislar sobre determinadas matérias, dentre as quais se incluem, no inciso I da norma, o direito penal e o direito processual.

Sabe-se que a questão aqui tratada se refere somente às ditas normas penais em branco heterogêneas, ou seja, nas quais o complemento é feito por ato normativo diverso de lei. Nesse caso, o princípio da legalidade pode ser violado em duas de suas vertentes, quais sejam, a taxatividade e a reserva legal. Nesse sentido:

Os outros argumentos não são de direito penal, mas de constitucional. Aqui existem outros requisitos constitucionais para a complementação de normas em branco a ser feita por outras instâncias normativas: Enquanto há, para as normas em branco não verdadeiras, nas quais a complementação é feita pela mesma instância legiferante, apenas problemas de determinação da referência, avultam, no caso das normas em branco verdadeiras, em razão da delegação pelo Poder Legislativo ou da transferência da definição da infração, adicionalmente questões constitucionais a respeito do Princípio Democrático, de Estado de Direito e Federativo, além de problemas quanto aos requisitos para publicação (ENDERLE, 2000, p. 85 - tradução da autora).³⁵⁵

Uwe Volkmann, no mesmo sentido, afirma que a norma de competência para determinar, com precisão, o conteúdo da lei que tipifica pena privativa de liberdade se encontra ancorada não em um, mas em dois elementos estruturais da Constituição alemã: nos direitos fundamentais substantivos, os quais devem ser observados para a imposição de sanções graves (como as que tolgem a liberdade) e no princípio democrático, que possui como requisito somente o Legislador poder decidir sobre regras de restrições.³⁵⁶

³⁵⁵ “Die übrigen Argumente sind nicht strafrechtlicher, sondern verfassungsrechtlicher Art. Hier bestehen bei der Blankettausfüllung durch einen anderen Normgeber zusätzliche verfassungsrechtliche Anforderungen: Während sich für die unechten Blankette beim Verweis auf Vorschriften desselben Gesetzgebers lediglich Probleme der Bestimmtheit der Verweisung stellen, werfen die echten Blankette wegen der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen bzw. der Verlagerung der Tatbestandsfestlegung zusätzlich verfassungsrechtliche Fragen im Hinblick auf das Demokratie-, Rechtsstaats- und Bundesstaatsprinzip sowie Publikationserfordernisse auf.”

³⁵⁶ VOLKMANN, Uwe. **Qualifizierte Blankettnormen**. P. 223

Conforme bem explicita Frederico Horta, quando se parte do pressuposto de que a lei é a única fonte constitucional do poder punitivo, a definição de tipo ao qual se atribui uma pena por ato administrativo passa a ser, para se dizer o mínimo, de validade bastante duvidosa.³⁵⁷ Ainda mais em alguns casos em que tal ato determina elementos centrais da conduta, como ocorre na Lei n. 11.343/2006, na qual todos os crimes dependem da complementação do termo “drogas”, feita por meio de uma Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pertencente ao Ministério da Saúde.

Para Marion Bach, a reserva legal seria uma garantia formal decorrente do princípio da legalidade, uma vez que este possui transcendência política, sendo a ideia marcante de uma determinada concepção de Estado e de sociedade civil, que reconhece a legitimação de poder por meio da doutrina de contrato social, soberania popular, divisão de poderes e democracia.

O cidadão passou a admitir a mudança de um estado de natureza para um Estado civil em razão de sua participação na vida política, a qual se dá por meio do Poder Legislativo, que cria leis que correspondem a expressão da vontade popular. Tal Poder é integrado por representantes do povo, e reflete o conjunto de ideias predominantes na sociedade em determinado momento da história:

O fato da lei ser a expressão de vontade popular reflete em duas notas características: o caráter diretamente representativo e plural do órgão competente e o seu procedimento deliberativo e portanto, somente o Legislativo, com sua legitimidade democrática, pode decidir quais condutas serão merecedoras de penas e em que medida estas se darão, sendo esta preeminência do Legislativo a característica precípua de um modelo de Estado Democrático de Direito. A garantia penal decorrente do sentido político do princípio da legalidade permite que o povo decida sobre as restrições à sua própria liberdade. Essa “reserva legal” comporta diferentes classes, de modo que insta clarear que, no que tange à lei penal, a reserva legal tem caráter absoluto (e não relativo); em outras palavras, a competência de promulgação é absoluta do legislativo. (GUARAGNI; BACH, 2014, p. 115-117).

Ana Elisa Liberatore Bechara complementa, no mesmo sentido, sublinhando que o princípio da legalidade exige não apenas a determinação normativa do comportamento proibido, mas também garante a liberdade dos cidadãos ao condicionar, de forma taxativa, a elaboração de catálogo de delitos e sanções a uma decisão que deve ser emanada por

³⁵⁷ HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. P. 95.

membros do Poder Legislativo. A razão de ser dessa norma reside justamente no fato de que tal instância é eleita democraticamente, constituindo representação da vontade geral e, portanto, atuando como mecanismo de frear possíveis atos arbitrários dos demais poderes.³⁵⁸

Assim, compreende-se que resta apenas ao Poder Legislativo federal a competência para a promulgação de leis penais. Embora o processo legislativo abranja diversas fontes normativas, conforme artigo 59 da Constituição, e todos os Poderes da União tenham, em alguma parcela, poder de legislar, a lei ordinária federal é a única habilitada a tipificar condutas criminais, segundo procedimento que inclui apreciação separada pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal, após a aprovação do projeto de lei, conforme disciplina o artigo 61 e seguintes da Constituição Federal.

Embora o Poder Executivo, atualmente, complemente alguns tipos penais e o Poder Judiciário faça farto uso de interpretação, sobremaneira nos casos de elementos normativos do tipo e tipos penais abertos, é fato que a intervenção dos demais Poderes nas leis penais só pode se dar de forma previamente orientada e limitada pelos ditames estabelecidos pelo Legislativo, sob pena de violação à separação de poderes.

Para Dulce María Santana Vega, ocorreria o abalo à dita separação com qualquer intervenção que extrapole esses limites, pois a intervenção do Poder Executivo na esfera de liberdade dos cidadãos desequilibraria a balança, prejudicando garantias que decorrem da distribuição de competências entre os diversos poderes do Estado.³⁵⁹

Frise-se que a separação dos Poderes é norma insculpida no artigo 2º da Constituição Federal, insuscetível de mudança por meio de emenda, conforme disposto no artigo 60, também da Carta Maior. É por meio de dita divisão que se estabelece um controle recíproco e harmonioso entre ditos Poderes, de modo que a autonomia de cada um deles garante a estabilidade dos chamados freios e contrapesos. Para Ives Gandra da Silva Martins, a diferença de representatividade entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo advém da sua origem, o que justifica, posteriormente, suas funções:

Ora, o Poder Legislativo é absolutamente autônomo na representação da sociedade. O mais democrático e o mais representativo dos Poderes, pois aquele que representa toda a comunidade. No Poder Executivo, a representação é da maioria. Quem detiver a maioria dos votos, o empalma. Contrariamente, o Poder Legislativo hospeda todas as correntes de pensamento ideológico da sociedade, pois, na proporção de sua importância, toda a sociedade nele está representada. É, pois, o Poder

³⁵⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo.** P. 104.

³⁵⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco.** P. 27.

Executivo, o poder da maioria, e o Poder Legislativo, aquele poder de toda a sociedade. (MARTINS, 1998, p. 314).

Para Juan Pablo Montiel, a função do princípio da legalidade não se resume a garantir o cidadão contra excessos punitivos por parte do Estado, e sim se centra na delimitação do âmbito de competência de cada um dos poderes, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário, em tudo que se refere ao direito penal. Tais competências seriam a criação do direito penal, a identificação das bases normativas do sistema jurídico-penal, a interpretação e a integração do Direito Penal. No que tange à primeira, o princípio da legalidade define qual poder tem autoridade para criminalizar condutas e cominar penas, e como se pode regular o conteúdo normativo.³⁶⁰

Antonio Doval Pais relaciona a legalidade também com a segurança jurídica em sua vertente objetiva, que diz respeito à regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico por meio de suas regras e instituições. Tal norma teria como função assegurar a clareza e a taxatividade das leis, além da própria reserva legal. A concretização da segurança jurídica dependeria de questões como o modo com que as normas são formuladas, deixando evidente sua fragilização frente a procedimentos de reenvio.³⁶¹

Para o autor, a eficácia do princípio da legalidade estaria bastante vinculada a questões de técnica legislativa, que abarcam até o uso da linguagem. A mensagem passada no texto da lei deve ser clara, o que nem sempre é fácil de alcançar pelo mero uso da linguagem natural, sujeita a ambiguidades terminológicas e sintáticas, e mesmo à vagueza dos conceitos. Aqui, estaria vulnerada a taxatividade, sobremaneira pelo uso de cláusulas abertas e elementos normativos, os quais podem gerar indeterminação da matéria legislada,³⁶² conforme o exposto no tópico precedente.

Porém, para além desse aspecto, o adimplemento total do princípio faz necessário que se respeitem critérios de forma e limites de conteúdo estabelecidos no ordenamento como um todo, compreendido como sistema. Assim, restrições ao emprego de certas remissões normativas são necessárias, para que defeitos no processo de complementação não levem ao menoscabo da reserva de lei e, por consequência, do princípio da igualdade. Tais consequências, em matéria penal, são ainda mais graves. Para que o ordenamento jurídico como um todo seja respeitado, é preciso que as condutas proibidas e suas sanções

³⁶⁰ MONTIEL, Juan Pablo. **Estructuras analíticas del principio de legalidade**. P. 7.

³⁶¹ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco**. P. 25-26.

³⁶² *Ibidem*.

se encontrem perfeitamente definidas em lei e que o modo de sua formulação não ofenda princípios basilares do sistema, o que ocorre quando se transfere as decisões regulatórias a órgãos distintos dos constitucionalmente habilitados para fazê-lo. Essa transferência pode ocorrer, de forma indireta, com remissões excessivas ao Poder Executivo, para complementações, e ao Poder Judiciário, para interpretações excessivas. Tais deficiências importariam influência negativa na esfera de liberdade dos cidadãos.³⁶³

Especificamente sobre os atos do Poder Executivo, em complementação às normas penais em branco, Juan Pablo Montiel afirma que não é necessário muito esforço para que se note que a dita regulação ultrapassa, muitas vezes, o limite do detalhamento técnico, passando a definir a conduta e a constituir, sim, usurpação de competência. A preocupação da doutrina e da jurisprudência espanholas com o tema levou à definição de alguns critérios para a constitucionalidade de ditas leis, visando a evitar que a vontade ali expressa seja alterada por outro Poder que não o Legislativo.³⁶⁴ Nas palavras de Esteban Mestre Delgado, utilizando-se do termo que constitui o título dessa pesquisa:

En el ordenamiento constitucional no cabe duda de la posibilidad de efectuar remisiones en materia penal a la norma reglamentaria, sea a través de la figura de la remisión recepticia o del reglamento ejecutivo. Y resulta claro que la reserva de Ley penal impide que en esta regulación se provoque la deslegalización. De esta manera, el problema de los tipos penales en blanco debe enfocarse, para determinar, en cada caso, su admisibilidad o inadmisibilidad constitucional, desde la perspectiva de los límites materiales de la reserva de Ley. (MESTRE DELGADO, 1998, p. 517).

Importante mencionar, nesse sentido, a decisão n. 127/1990 do Tribunal Constitucional Espanhol, segundo a qual a constitucionalidade das normas penais em branco estaria condicionada ao expresse reenvio normativo, à justificação de dita técnica legislativa em função do bem jurídico a ser tutelado e à satisfação da exigência de certeza por parte da lei, que deve conter o núcleo essencial da proibição:

Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC

³⁶³ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco.** P. 27.

³⁶⁴ MONTIEL, Juan Pablo. **Estructuras analíticas del principio de legalidade.** P. 15.

122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada. (ECLI:ES:TC:1990:127).³⁶⁵

Na metáfora de Juan Pablo Montiel, a lei penal em branco é como um cheque em que estão definidos o montante e o beneficiário, restando ao Governo estabelecer a data e o local de pagamento. Contudo, mesmo que regulando questões secundárias, não se pode negar o fato de que tais hipóteses caracterizam um processo de co-legislação.³⁶⁶

Para Pilar Gómez Pavón, as remissões legislativas não podem se dar em bloco, devendo a delimitação do fato permanecer na norma penal. A distinção feita pelo Tribunal espanhol entre elemento essencial e accidental seria, a seu ver, ambígua. Por fim, as remissões expressas efetuadas a um conjunto de normas que regulam dada atividade viriam, também, de encontro ao princípio da legalidade, seja pelo viés de seu mandato de determinação, seja pela questão da reserva legal.³⁶⁷

Klaus Tiedemann cita a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, o *Bundesverfassungsgericht*, nesse mesmo sentido, ou seja, de que a proibição penal deve estar prevista em lei, podendo ser deixadas nas mãos do poder regulamentar apenas as questões de detalhamento:

Sea como fuere, debe ser el propio legislador quién tome la decisión última sobre el posible contenido de la norma de comportamiento. De manera que, en cuanto deja el legislador plena libertad a la Administración para establecer obligaciones de comportamiento, el correspondiente tipo penal o contravencional deviene inconstitucional (...) (TIEDEMANN, 2002, p. 76-77).

O Supremo Tribunal Federal não se posicionou, ainda, de forma expressa sobre o tema.

³⁶⁵ Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1552>. Acesso em 11.01.2018.

³⁶⁶ MONTIEL, Juan Pablo. **Estructuras analíticas del principio de legalidade**. P. 16.

³⁶⁷ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. **Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas**. P. 162.

O núcleo da matéria penal deve ser, então, regulado por lei. Esteban Mestre Delgado questiona a constitucionalidade dos tipos penais em branco nos quais nenhum limite material é imposto à norma regulamentar que define o ilícito penal.³⁶⁸ Alerta, porém, Dulce Maria Santana Vega que isso deve ser feito tomando-se o devido cuidado para que não se petrifique de forma abusiva o ordenamento, evitando sua evolução democrática e sua adaptação à complexidade técnica.³⁶⁹

Sabe-se que muitas leis brasileiras, novamente, não passariam em um exame mínimo de tais características exigidas na decisão ora transcrita. É o caso, por exemplo, do artigo 34 da Lei 9.605, que dispõe sobre a pesca nos seguintes termos: “Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente”. Conforme bem expõe Frederico Horta,³⁷⁰ o que se depreende dessa norma, sem os atos complementadores, seria que é proibido pescar em período e em lugares em que haja proibição. Ou seja, trata-se de regra tautológica, que não traz qualquer norma de conduta em si, deixando de regular o núcleo essencial do ilícito.

O direito penal ambiental brasileiro é, sem dúvida, um campo bastante fértil para esse estudo. Conforme Helena Lobo da Costa, é decorrência direta do princípio da legalidade que se reserve apenas à lei, em sua concepção mais estrita, a criação de tipos penais. Em que pese se aceitar na doutrina o uso de portarias, resoluções e outras normas complementadoras, o que se observa é que essas têm, cada vez mais, extrapolado os limites do mero preenchimento de lacunas técnicas, passando a definir elementos nucleares dos tipos penais, como a conduta proibida. Quando o tipo faz referência à licenças, concessões e autorizações, tais problemas se agravam ainda mais, causando forte contradição ao princípio da legalidade.³⁷¹

³⁶⁸ MESTRE DELGADO, Esteban. **Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal**. P. 523.

³⁶⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. P. 44.

³⁷⁰ HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. P. 90.

³⁷¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. P. 78.

4. O princípio da legalidade e a taxatividade: Elementos normativos do tipo e leis penais em branco

Conforme referido na primeira parte dessa pesquisa, há diferentes concepções na doutrina a respeito da abrangência do princípio da legalidade e de suas funções. Adotam-se, nesse trabalho, dentre outras, as ideias de Mariângela Gama de Magalhães, segundo a qual o princípio da legalidade se subdivide em três garantias principais, que seriam: a reserva legal, a taxatividade e a anterioridade da lei penal.³⁷² A conceituação de cada uma dessas funções se encontra no título 1.1 do primeiro capítulo desse trabalho, a que se faz, nesse momento, a devida referência.

Em primeiro lugar, insta salientar que o dito princípio se encontra insculpido no artigo 1º do Código Penal, bem como no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, como já referido. Pretende-se, neste tópico, esmiuçar em que medida o uso exacerbado da norma penal em branco vulnera o princípio da legalidade, sobremaneira em sua segunda função, que corresponde ao dever de produção de uma norma taxativa.

O problema não acomete apenas o direito brasileiro,³⁷³ de modo que a espanhola Dulce María Santana Veiga elenca várias dificuldades existentes entre o princípio da legalidade e as técnicas de reenvio e assessoriedade administrativa, especialmente as leis penais em branco. Dentre eles, estariam a falta de clareza do tipo - redundando não apenas na ocorrência indiscriminada de erro de proibição, mas também em dano à função motivadora da norma -, bem como a vulnerabilidade da separação de poderes, em razão da necessidade de reserva legal em matéria penal. Sobre a afronta à taxatividade, uma vez que os elementos centrais da norma deveriam estar suficientemente descritos na lei penal, aponta a autora:

En esta materia habría que distinguir entre los casos en los que las leyes penales en blanco son el resultado de técnicas legislativas inadecuadas y evitables o de tendencias deslegalizadoras encubiertas de aquellos otros basados en la necesidad y que satisfacen las exigencias técnicas de concreción del tipo, siendo estas últimas indispensables para el desarrollo de los bienes jurídico-penales supraindividuales. (SANTANA VEGA, 2000, p. 26).

³⁷² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. P. 9.

³⁷³ Sobre a difícil compatibilização entre a técnica das leis penais em branco e institutos como taxatividade, competência legislativa e erro de proibição no direito penal português, cite-se **O regime legal do erro e as normas penais em branco: ubi lex distinguit**, de Teresa Pizarro Beleza; Frederico de Lacerda da Costa Pinto (p. 38 e seguintes).

No mesmo sentido, Juan Bastos Ramírez afirma que, no caso do meio ambiente, a falta de sistematização e centralização das regulamentações, sobretudo administrativas, de dito bem jurídico, prejudica o entendimento da norma penal em branco dependente de dita complementação. A remissão a regras desordenadas torna o injusto impreciso, debilitando o caráter de certeza do tipo e, por consequência, afrontando umas das exigências da legalidade.³⁷⁴

Marion Bach divide as garantias da legalidade em formais e materiais. Entre as garantias formais estariam aquelas decorrentes da função política da norma, principalmente sob o viés da reserva legal e da separação de poderes. Já nas garantias materiais estariam aquelas ditas técnicas, expressas pelo mandamento de que a lei penal deve ser prévia, escrita, estrita e certa.³⁷⁵ A taxatividade seria um desdobramento da última característica, que não faz uso de incriminações indefinidas e obscuras.³⁷⁶

A referida taxatividade da norma penal se encontra adimplida quando essa é formulada de maneira clara e precisa, restringindo as interpretações possíveis e possibilitando ao maior número de pessoas sua correta e inequívoca compreensão. A precisão exigida diz respeito ao preceito, da descrição do fato, e à sanção, que consiste no estabelecimento da pena. Sua observância, pelo legislador, tutela não apenas o cidadão, que tem o direito subjetivo de conhecer a lei à qual se encontra submetido, mas também o juiz, que tem segurança em relação ao texto que deverá aplicar.³⁷⁷

No entanto, ao confrontar-se a taxatividade com a complementação administrativa e com as demais técnicas de reenvio, vislumbra-se a ocorrência de um conflito insuperável devido à existência de exigências antagônicas: se, por um lado, o direito penal pós iluminista apregoa a utilização de conceitos fechados, descritivos e seguros, visando a frear a oscilação do intérprete e aplicador e a garantir o cidadão contra o poder punitivo do Estado; de outro, a regulação da sociedade atual, conforme exposições feitas na segunda parte desse trabalho, exige cada vez mais o uso de conceitos vagos e indeterminados, em uma tentativa de emprestar à norma velocidade semelhante ao fato social.³⁷⁸

Nesse último contexto, avulta a utilização de outra conhecida técnica de reenvio, que se caracteriza pelo farto uso dos chamados elementos normativos do tipo. A própria

³⁷⁴ RAMÍREZ, Juan Bustos (Director). **Pena y Estado: función simbólica de la pena**. P. 105.

³⁷⁵ Definição citada por vários autores pátrios, como o já citado Assis Toledo e Miguel Reale Júnior, esse último em: **Teoria do delito**, p. 166.

³⁷⁶ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P. 137.

³⁷⁷ *Ibidem*. P. 140.

³⁷⁸ *Ibidem*. P. 242.

definição do que seriam tais elementos encontra bastante dissidência na doutrina, que apenas concorda na oposição desses aos chamados elementos descritivos.

São duas as principais concepções existentes: a que os descreve com base em sua apreensão e entendimento, e a que os define pela sua vinculação a outras normas. Para a primeira, tais elementos se caracterizam por serem indefinidos ou vagos, demandando um exercício intelectual ou valorativo para sua compreensão total, enquanto os chamados elementos descritivos apresentariam um maior grau de precisão, sendo passíveis de apreensão sensorial. Nesse sentido, os elementos normativos estariam mais sujeitos ao uso de discricionariedade em sua definição e, por consequência, ao arbítrio e à afronta à taxatividade.³⁷⁹

Já para a segunda concepção, tais elementos se definiriam a partir de sua vinculação a outras normas, jurídicas ou não, das quais passa a depender a determinação total de seu conteúdo. As duas concepções, na verdade, podem ser adotadas de forma conjunta, pois a remissão a outras normas torna necessário, sem sombra de dúvida, o uso de processos interpretativos mais complexos.³⁸⁰

Tais elementos são, então, ainda mais problemáticos quando estão presentes em normas que fazem uso de outras formas adicionais de assessoriedade administrativa, como ocorre em algumas leis penais em branco. E esse é o seu uso mais comum, uma vez que os ditos elementos se fazem presentes com maior frequência na tipificação de áreas que apenas recentemente passaram a sofrer a interferência penal do Estado. Nas palavras de Ana Elisa Liberatore Bechara:

Nesse sentido, revelam-se especialmente problemáticos os elementos normativos em geral, cujo preciso significado apenas pode ser alcançado mediante recursos de interpretação. Tais elementos, presentes de forma crescente na legislação penal, notadamente em razão da assessoriedade que com frequência vincula o Direito Penal e o Direito Administrativo, encontrariam uma pretensa justificativa, em razão de o Direito Penal passar a se debruçar sobre questões até então estranhas a ele, tais como atividades financeiras, produtivas, e o equilíbrio ambiental, devendo, por isso, incorporar uma nova e complexa gramática, própria de outras áreas do Direito. (BECHARA, 2017, p. 124).

Ademais, é sabido que o próprio direito é ciência inexata e, portanto, dependente da linguagem, a qual se constitui como uma ferramenta dinâmica. Os significados sofrem

³⁷⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo.** P. 155-161.

³⁸⁰ *Ibidem.*

diversas influências culturais, econômicas, etc., e se modificam com o passar dos anos. O juiz, que é humano e, por isso, também está sujeito a todas essas influências sociais - além de suas próprias experiências pessoais -, é o responsável por aplicar e interpretar dita norma, preenchida de expressões que, atualmente, comportam cada vez mais uma multiplicidade de sentidos.³⁸¹

Conforme Pilar Gómez Pavón, o mandato de determinação não admite o uso de cláusulas gerais em matéria penal, as quais concedem uma ampla margem de discricionariedade ao arbítrio judicial sem, contudo, definir critérios objetivos de interpretação. Tais métodos gerariam insegurança jurídica e transferência velada de poder legiferante ao Judiciário. A análise casuística, ainda, feriria o princípio da igualdade,³⁸² norma de status constitucional no caso brasileiro.

Conforme Ana Elisa Liberatore Bechara, em que pese muito se falar no ambiente jurídico sobre a importância do princípio da legalidade, esse não é devidamente observado na prática jurídica, seja pela produção de leis com tipos penais incertos,³⁸³ seja pelo uso de interpretações extensivas e analogia “*in malam partem*” em grande número de julgados.³⁸⁴ Para a autora, ademais, a determinação do tipo contribui para a manutenção da separação de poderes, uma vez que demarca com precisão o espaço de discricionariedade judicial. A norma excessivamente aberta acaba proporcionando uma função predominantemente legislativa – ao invés de interpretativa – ao magistrado, que deve colmatar as lacunas do tipo insuficientemente determinado pelo seu legítimo criador, qual seja, o membro do Poder Legislativo.³⁸⁵

O respeito à taxatividade não é o que ocorre, como se observa, em diversos casos em que se utiliza de normas penais em branco e de elementos normativos do tipo no direito penal pátrio. Conforme Helena Lobo da Costa, em estudo específico sobre a regulação penal ambiental:

³⁸¹ Esse tema também foi trabalhado pela presente pesquisadora na seguinte obra: **A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal.**

³⁸² GÓMEZ PAVÓN, Pilar. **Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas.** P. 162.

³⁸³ Sobre a importância da análise de taxatividade para a construção de uma política criminal em conexão com as garantias estabelecidas pela dogmática penal, cite-se ‘Rapporti tra dommatica e politica criminale’, de Franco Bricola, p 18.

³⁸⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo.** P. 107. No mesmo sentido: “O princípio de determinação taxativa da lei penal”, de Francesco Palazzo, p. 486.

³⁸⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo.** P. 106.

O princípio da determinação da lei penal, ou da taxatividade, dificilmente resta ileso em tipos penais ambientais complementados administrativamente, especialmente quando essa complementação ocorre na modalidade de assessoriedade administrativa. Os regulamentos administrativos em matéria ambiental são extremamente complexos e muitas regras não são sequer oriundas de atos jurídicos formais do sistema brasileiro. Não se busca, por óbvio, negar a positividade dessas normas, confundindo norma com lei formalmente exarada. O problema é aceitar, em sede de tipicidade penal, dados tão flexíveis e fluidos, que não se coadunam com o necessário respeito ao princípio da determinação. (COSTA, 2010, p. 79).

Como exemplo, a autora cita a adoção de normas holandesas sobre contaminação do solo para a complementação de normas ambientais. Posteriormente, e não menos equivocado, passou-se a adotar para essa finalidade normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas, órgão absolutamente inapropriado para realizar tal regulação.

Importante, aliás, atentar para expressão utilizada por Helena Lobo da Costa, no enxerto citado, que é de especial relevância para o assunto ora abordado, “tipicidade penal”. Miguel Reale Júnior, em termos gerais, define essa tipicidade como a congruência entre uma ação concreta e seu correspondente paradigma legal, devendo o tipo consistir em um modelo, uma formulação abstrata de ação possível, a qual será reprovável pela via penal.³⁸⁶

A ideia de tipicidade penal, a qual constitui, aliás, um dos elementos do delito juntamente com a ilicitude e a culpabilidade, vem permeada de uma função de garantia. Sendo assim, a descrição exata da conduta típica na norma é essencial para a própria existência do crime, pois esse deve corresponder ao comportamento selecionado pelo Legislador e concretizado por meio da norma penal. Comportamentos ilícitos e culpáveis passam a ser criminosos quando são típicos, ou seja, quando se adequam à descrição normativa constante na legislação penal pátria. Tal descrição é, ademais, essencial inclusive para o procedimento de defesa, uma vez que cabe ao advogado, em muitos casos, questionar a boa adequação dos fatos à norma, ou mesmo pugnar pela modificação da qualificação jurídica dada a determinado fato. A tudo isso serve, portanto, uma descrição precisa e taxativa.

Importante salientar que a área penal não é a única a fazer uso do termo, uma vez que se pode falar em tipicidade também nas esferas administrativa e tributária, ambas com função de garantia. A adequação à descrição típica no caso do ato administrativo visa a tutelar a total adequação da atuação de órgãos públicos ao que está descrito na lei. Ainda, o

³⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. P. 171.

sancionamento de condutas na esfera administrativa deve obedecer à descrição do fato pela norma, nos mesmos moldes da sanção penal.

Em sede tributária, da mesma forma, a tipicidade obriga à definição prévia de todos os elementos de uma obrigação, visando a garantir sua previsibilidade pelo contribuinte. A tipicidade dá azo, nos três casos, à previsibilidade, impedindo que um comportamento desconhecido ou imprevisto seja posteriormente cobrado como devido.

O que ocorre em muitas regulações atuais, nas mesmas esferas tidas por deslegalizadas, é o que se convencionou chamar de tipicidade aberta, em expressa contrariedade ao mandamento de descrições fechadas, inerentes à garantia da taxatividade.

Para Alamiro Velludo Salvador Netto, os tipos abertos seriam aqueles em que a interpretação é permitida, em razão da ausência de nexos causal direto entre conduta e resultado. Como exemplo, poder-se-iam citar os crimes culposos, os crimes omissivos impróprios e aqueles dependentes de conceitos alheios ao vocabulário exclusivamente penal. Para o autor, a evolução do tipo penal pós-funcionalista traça o percurso da objetividade fechada à normatização aberta.³⁸⁷

A sociedade deve ser normatizada para adquirir tutela penal; contudo, os tipos essencialmente fechados não são capazes de realizar a descrição de uma realidade dinâmica, em rápida transformação. Nesse sentido, o princípio da taxatividade ganharia novos contornos, passando a ser interpretado em uma realidade dinâmica, ainda que alguns limites devam ser respeitados, pois uma descrição típica de infinitas possibilidades interpretativas perderia a sua própria natureza, transmutando-se em um não-tipo.³⁸⁸

Para Alamiro, as normas penais em branco estão presentes tanto em tipos penais abertos quanto nos fechados, e a eles não se compara, pois sua essência não reside nos elementos descritivos ou normativos, e sim na necessidade de outra norma que a complemente, auxiliando-a na consolidação de seus objetos de proteção. O autor não nega que, no entanto, a utilização indeterminada de regras jurídicas de diferentes naturezas na função complementadora contraria fortemente o princípio da taxatividade.³⁸⁹

Günter Heine aponta a ocorrência do mesmo fenômeno no direito penal ambiental europeu. Para o autor alemão, aliás, o uso de tipos abertos e não definidos seria inevitável nessa esfera, uma vez que o meio ambiente necessitaria de uma forma de regulação dotada de reversibilidade. Tal característica pode redundar na construção de um direito marcado no

³⁸⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. P. 38-42.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ *Ibidem*.

tempo, e não feito para durar por séculos, nas palavras do autor. Os tipos abertos, por sua vez, permitiriam a adaptação da norma às mudanças sociais e técnicas, evitando-se constantes intervenções legislativas no Código Penal. A assessoriedade administrativa, aqui, é infinitamente mais ampla, sobretudo a conceitual, permitindo-se ao direito administrativo dispor sobre termos jurídicos indeterminados, modificações de prescrições e margens de valoração, pautas e similares.³⁹⁰ Se todas essas inovações se compatibilizam com exigências mínimas de legalidade, em sua vertente de taxatividade, e de segurança jurídica, é uma questão que põe em xeque a própria opção de regular tal matéria pela via penal.

A questão aqui suscitada é que, atualmente, muitas dessas técnicas legislativas são utilizadas simultaneamente, na tentativa de regular bens jurídicos tidos por complexos, como é o caso dos delitos econômicos.³⁹¹ Assim, duas técnicas que vulneram a taxatividade em alguma medida, quando unidas, passam a fragilizar ainda mais dito princípio, tornando a tipicidade de difícil constatação, o que reduz substancialmente sua função garantidora. É o caso, por exemplo, de alguns crimes previstos na Lei 9605/98, como o do artigo 38, que prevê a modalidade culposa da utilização de floresta considerada de preservação permanente com contrariedade às normas de proteção. Nota-se, nesse caso, a necessidade de duas normas complementadoras, quais sejam, a que elenca as florestas em preservação permanente e a que dita suas normas de proteção, cumuladas com um tipo penal aberto, o tipo de culpa.

Luciano Anderson de Souza também analisa de forma crítica o uso dos tipos penais abertos, como no caso da gestão temerária prevista no artigo 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86, o qual, além de não apresentar lesividade, fere frontalmente o princípio da taxatividade. A assessoriedade administrativa, na qual o autor inclui as normas penais em branco complementadas por ato inferior à lei, também é criticada, não apenas pelo seu uso desenfreado, mas pela afronta à legalidade. Uma possível solução citada pelo autor é a encontrada pela Suprema Corte espanhola, que exige precisão e concretude no complemento da norma.³⁹²

Aliás, essa ideia é, também, bastante relevante a esse estudo, uma vez que sabe-se que o ato complementar, ao passar a fazer parte da norma penal, deveria também adimplir com a referida exigência de precisão, o que é de rara observação na prática legislativa.

³⁹⁰ HEINE, Günter. **Accesoriedad administrativa en el derecho penal en el derecho penal del medio ambiente**. P. 11 e 12.

³⁹¹ Sobre o tema, cite-se também **O princípio da legalidade e o direito penal econômico: análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito**, de Gustavo Henrique de Souza Silva (p. 153 e seguintes).

³⁹² SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. P. 71-77.

Para Marion Bach, no entanto, esse último mandamento seria, em alguns casos, de impossível cumprimento. Primeiramente porque, muitas vezes, os atos normativos são preexistentes às normas penais, sendo confeccionados com outra finalidade e usados, posteriormente, a título de complementação, em razão da própria natureza da matéria para a qual alguns desses atos foram emitidos. Seria o caso, por exemplo, das portarias do BACEN, que complementam a Lei n. 7.492/86. Exigir taxatividade de tais atos seria esvaziar sua própria função, pois a atualização da norma penal, que regula atividades econômicas, depende exatamente da flexibilidade de ditos atos. Aliás, é esse um dos principais motivos que levou o Legislador a fazer uso de normas em branco, conforme já apontado no segundo capítulo dessa pesquisa.³⁹³

Ademais, a excessiva concretude dos atos complementadores acaba, muitas vezes, por dar azo a outros tipos de problema, como a dificuldade de adequação interpretativa em algumas situações, o que impossibilita sua compatibilização com institutos jurídicos de direito penal mínimo, como é o caso do princípio da insignificância. Um exemplo é o caso da Portaria do Ministério da Fazenda n. 75, de 29.03.2012, que complementa o artigo 20 da Lei n. 10.522/2002, conforme explicitado no título 3.2, do primeiro capítulo dessa pesquisa. Aqui, novamente está a ferir-se a tipicidade, porém em sua vertente material.

Muitos autores buscam, então, estabelecer soluções possíveis para a adequação da assessoriedade administrativa, aqui incluso as normas penais em branco, ao princípio da legalidade. Sandra Eugenia Zuñiga Morales estabelece alguns mandamentos a serem seguidos para uma melhor técnica legislativa nessa seara, a fim de preservar garantias:

En síntesis, las garantías de legalidad para el uso de una norma penal en blanco a mi criterio serán: a) Que la misma describa el núcleo central de prohibición con una máxima exigencia (detallando acción, si es preciso o no un resultado, si se trata de delitos de lesión o de peligro, en suma todos los elementos objetivos y subjetivos posibles). b) Que contenga expresamente la sanción y que el reenvío mismo se justifique en razón de la tutela del bien jurídico protegido, dada la complejidad y dinamismo de la materia a tutelar. c) Teniendo claro que se trata de un recurso de carácter excepcional, indispensable para delimitar el ámbito de lo permitido y de lo jurídicamente prohibido. d) Que dentro de una adecuada regulación es necesario optar por una relativa dependencia del Derecho penal –por ejemplo- al Derecho administrativo, que no permita reprochar penalmente infracciones genéricas de la normativa administrativa, sólo ocuparse de aquellas que resulten dañosas o peligrosas en razón del bien jurídico protegido en lo penal. (ZÚÑIGA MORALES, 2004, p. 171).

³⁹³ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P. 247.

Importante referir que o Tribunal Constitucional português, no Ac. TC n. 427/95, de 06.07.1995, em análise ao delito de poluição, já considerou que a norma, que possui todos os critérios do ilícito penal nela determinados – desvalor da ação proibida, desvalor do resultado lesivo e identificação do bem jurídico tutelado –, não seria uma norma penal em branco, mas o que a doutrina posteriormente chamou de uma norma penal “com branco”, pois independe da regra administrativa para orientar seus destinatários. Assim, nesse caso, não estaria violado o princípio da legalidade penal.³⁹⁴

Algumas dessas diretrizes serão melhor estudadas na última parte desta pesquisa, quando se buscará minimizar as consequências, apontadas nesse capítulo, por meio de novos regramentos aplicáveis à confecção de ditas normas em branco.

5. O erro de proibição

Sem dúvida, uma das principais consequências que se pode atribuir ao uso excessivo de normas penais em branco é a chamada ocorrência indiscriminada de erro de proibição, o que deveria, em todo e qualquer caso prático, afastar a incidência da culpabilidade, acarretando a não punição.

O Código Penal brasileiro disciplina o erro de proibição em seu artigo 21, estabelecendo que o desconhecimento da lei é inescusável. No entanto, o erro sobre a ilicitude do fato pode, se inevitável, provocar a isenção da pena. Se evitável, redundaria na diminuição dela, em patamar de um sexto a dois terços. Essa última hipótese funciona, então, como uma causa de diminuição da pena, a ser avaliada na terceira fase do procedimento de dosimetria.

São muitas as questões problemáticas a respeito da disciplina do erro, sendo a primeira delas a sua diferenciação da ignorância da lei, o que soa, a um primeiro momento, contraditório. Segundo Luis Jiménez de Asúa, a psicologia faz, há muito, uma diferenciação entre os dois conceitos, sendo a ignorância uma ausência total de noção sobre um objeto, um estado negativo; enquanto o erro, por sua vez, consistiria apenas em uma ideia falsa, uma representação problemática de um objeto certo, um estado positivo. A ignorância seria,

³⁹⁴PINTO, Inês Horta. **Direito penal do ambiente: a complexa construção dos tipos, a acessoriedade administrativa e o déficit de aplicação.** P. 1103.

então, a falta total de conhecimento sobre algo e o erro, apenas um conhecimento equivocado.³⁹⁵

No entanto, tal intrincada diferenciação não teria uma relevância notável no direito positivo ou na prática judicial, devendo ser atribuído o mesmo efeito ao erro e à ignorância, pois não cabe ao juiz auferir tal detalhamento. Ambos geram, no direito penal, o mesmo problema, merecendo, portanto, o mesmo efeito, ainda que o termo erro seja mais utilizado.³⁹⁶ O intento do legislador brasileiro em classificar a ignorância como inescusável é, por certo, afirmar que, mesmo aqueles que não detém o conhecimento exato da lei, não estariam, teoricamente, isentos do dever de cumpri-la, ainda que, incidindo a referida causa de exclusão de culpabilidade, esteja afastada a possibilidade de condenação criminal.

Ademais, aqui é possível auferir a existência de, no mínimo, duas questões bastante problemáticas. A primeira diz respeito aos diversos tipos de erros possíveis e a segunda se relaciona à discussão do que seria ou não evitável, no que se faz necessário o uso do famigerado conceito de homem médio.

No que tange especificamente ao erro, Luis Jimenez de Asúa o classifica em três possibilidades distintas: erro de fato e de direito, excusas putativas e obediência hierárquica.³⁹⁷ Para a análise das consequências da deslegalização, faz-se pertinente o aprofundamento da primeira hipótese.

Ainda que alguns autores, como Paulo Queiroz, entendam que a diferenciação entre o erro de tipo e o erro de proibição não possui tanta relevância,³⁹⁸ opta-se, nessa pesquisa, por realizar uma breve distinção. Heiko Lesch, em artigo pertinente ao direito penal alemão, que muito bem se amolda ao constante na legislação brasileira, determina ser o erro de tipo o desconhecimento, no momento da ação, de uma circunstância fática que pertence ao tipo penal. O autor crê, então, que sua ação está permitida porque, literalmente, não sabe com correção o que está fazendo.³⁹⁹ A errônea representação de um dado da realidade excluiria, então, o dolo, restando a punição a título de culpa, quando prevista na norma, de modo que, aqui, o fato de o autor ter sido responsável pelo erro não importa à punição.

No erro de proibição, por sua vez, o autor tem pleno conhecimento das circunstâncias das quais resulta a realização do tipo penal, não possuindo, no entanto, a consciência da

³⁹⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito**. P. 390 e 391.

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Erro de tipo e erro de proibição: uma distinção supérflua**. P. 9.

³⁹⁹ LESCH, Heiko Hartmut. **El error de prohibición: fundamentos dogmáticos para su tratamiento; comprensión del injusto; formas bajo las cuales se presenta el error de prohibición y evitabilidad del mismo**. P. 235 a 237.

ilegalidade. Aqui, a exclusão da punição não se dá de forma tão rígida, cabendo a análise de responsabilidade do autor pela carência de conhecimento.⁴⁰⁰ Se for considerado responsável, caberá a diminuição da pena, e apenas se for considerado também inocente, nessa segunda análise, é que se excluirá a culpabilidade e, portanto, a punição. É nesse ponto que se situa, em regra, a discussão relevante em matéria de assessoriedade administrativa.

Ora, o excessivo uso de complementações, bem como a técnica de remissões em cadeia, dificulta o conhecimento real da norma, uma vez que o conteúdo da lei penal em branco só pode ser auferido por meio do pleno conhecimento da regulação administrativa que a complementa.

Esse problema também é apontado por Dulce María Santana Vega, que diferencia, ademais, as remissões estáticas das dinâmicas. Para a autora, as dinâmicas se dão quando consta no texto da própria lei penal apenas a expressão “regras técnicas”, o que torna ainda mais difícil o seu real conhecimento por parte dos cidadãos:

Por otro lado, las remisiones sean a leyes o a reglamentos se configuran como “abreviaturas técnico-normativas” de las que se hace uso por razones de economía, produciéndose dificultades para su conocimiento por los ciudadanos. Pero, en las remisiones dinámicas a las reglas de la técnica, el problema del conocimiento de las mismas se remonta a un momento básico y previo al de las remisiones estáticas: el incumplimiento del mandato de publicación (art. 91 de la CE, e art. 92 de la GG), ya que las mismas emanan de organismos profesionales privados. (SANTANA VEGA, 2000, p. 46).

O procedimento de remissões a regras da técnica é, frise-se, fartamente utilizado pelo direito penal ambiental brasileiro, como nos artigos 38, 38-A, 56, § 1º, inciso I, 60 e 67 da Lei n. 9605/98, o que redundava em diversos casos de absolvição por erro de proibição nos tribunais.⁴⁰¹

Ora, se mesmo as leis, que são promulgadas e publicadas no Diário Oficial, geralmente não são conhecidas pelo cidadão comum, a menos que sejam ostensivamente divulgadas na mídia em geral, quanto menos o serão regras administrativas, as quais dificilmente seguem padrões de publicação que atinjam parcela significativa da população.

⁴⁰⁰ LESCH, Heiko Hartmut. **El error de prohibición: fundamentos dogmáticos para su tratamiento; comprensión del injusto; formas bajo las cuales se presenta el error de prohibición y evitabilidad del mismo.** P. 235 a 237.

⁴⁰¹ Recurso Crime Nº 71007134133, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 11/12/2017; Recurso Crime Nº 71007127012, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 27/11/2017; Recurso Crime Nº 71005068838, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Redator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 23/11/2015; Recurso Crime Nº 71005429097, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 23/11/2015.

Para Frederico Horta, na esteira do pensamento de Roxin, em normas penais em branco, nas quais o tipo de injusto se define pela infração a outras normas – às quais a lei em branco se refere –, a diferenciação entre os elementos do tipo e o próprio juízo de ilicitude se torna complexa, tornando confusa a diferenciação entre o erro de tipo e o erro de proibição. Afinal, nesse caso, a própria norma administrativa e sua infração constituem elementos do tipo penal.⁴⁰²

Para Bettina Enderle, a diferenciação está no elemento da norma desconhecido pelo agente:

O erro sobre o elemento em branco ou sobre a existência da norma complementadora será tratado como erro de proibição (na maioria dos casos, evitável), o erro sobre o cumprimento de um elemento normativo do tipo penal, por sua vez, será exclusivamente tratado como um erro de tipo. O conhecimento do significado dos elementos normativos do tipo pode, no entanto, ser dependente do conhecimento das regras da técnica ou das normas de proibição complementares (por exemplo as expressões “ilegal”, “errado” ou “incompleto” no parágrafo 370, seção 1 ou parágrafo 82 da Lei relativa às empresas de responsabilidade limitada), e, então, se torna, dessa forma, o objeto de conhecimento normativo da intenção do tipo penal (dolo). (ENDERLE, 2000, p. 80 - tradução da autora).⁴⁰³

Em outras palavras, o erro, sobre a norma complementar da lei em branco, pode ser tratado como uma questão de alcance do dolo ou de natureza do erro quanto à existência e ao conteúdo da norma complementadora. A diferenciação é relevante, tendo em vista que o erro de tipo exclui o dolo, enquanto o erro de proibição exclui apenas a culpabilidade, conforme já relatado, e admite o exame de evitabilidade. Para que se viabilize a punição, o dolo do agente deve abranger todos os elementos nucleares do tipo, ainda que entre estes esteja a infração de dever previsto em norma administrativa.

A questão também foi abordada por Ingeborg Puppe:

Las leyes en blanco y los elementos en blanco nos han obligado a apartarnos del principio general según el cual es el legislador penal el único a quien compete definir el contenido del dolo. La razón de esto se encuentra en que en el ámbito de las leyes penales en blanco, el legislador

⁴⁰² HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Conteúdo intelectual do dolo nos crimes ambientais: o problema do erro sobre a norma de complementação das leis penais em branco.** P. 14.

⁴⁰³ “Der Irrtum über das Blankettmerkmal oder die Existenz der Ausfüllungsnorm wird als (zumeist vermeidbarer) Verbotsirrtum behandelt, der Irrtum über das Erfülltsein eines normativen Tatbestandsmerkmals dagegen als vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum. Da die Bedeutungskennntnis bei normativen Tatbestandsmerkmalen von der Kenntniss der Maßstabs- bzw. Verbotsnormen abhängig sein kann (z.B. bei „unrichtigen“, „falschen“ oder „unvollständigen“ Angaben in § 370 Abs. 1 AO oder §82 GmbHG) wird auf diese Weise die Normkenntnis Gestand des Tatbestandsvorsatzes.”

penal se ha visto incapaz de hacerlo, al crear sólo una norma de determinación tautológica. Únicamente resulta posible respetar el principio del carácter vinculante del sentido del tipo respecto de la representación que fundamenta el dolo si se reconoce, aparte de los tipos de las normas extrapenales que completan la norma penal en blanco, también el propio elemento en blanco como elemento necesario para el conocimiento doloso. (FRISCH, 1999, p. 117).

Para Urs Kindäuser, a dificuldade se dá porque o legislador não formula os tipos de maneira conclusiva, remetendo seus pressupostos materiais a outro sistema de normas, o qual geralmente se encontra fora do direito penal. Ao complementar a lei de proibição de caça com uma norma administrativa que se refere apenas a “animais selvagens”, a confusão dogmática é instaurada, pois se mescla o conhecimento da norma com o da situação de fato, levando-se em conta as representações conceituais incorretas do autor para o juízo a respeito da existência de dolo.⁴⁰⁴

Os tribunais dão diversas soluções a casos análogos. Segundo Frederico Horta, enquanto o TRF3 condena, com a redução da inevitabilidade, um pescador que desconhecia a Portaria n. 25 de 1993 do IBAMA, a qual disciplina o tamanho mínimo que alguns peixes devem ter para ser autorizada sua captura, complementando o artigo 34, I, da Lei n. 9605; o STF absolve, por ausência de dolo, prefeito que nomeia ilegalmente servidores por desconhecer as normas complementadoras do artigo 1º, XIII, do Decreto Lei 201 de 1967.⁴⁰⁵

A solução desse conflito não é simples e passa pela discussão de diversos critérios dogmáticos. Para o autor, é relevante que se analise, em cada caso, se a lei penal em branco já contém elementos significativos da ofensividade da conduta punível, podendo ser compreendido o mandato mesmo sem o conhecimento total do dever extrapenal infringido. Nesse caso, o tipo corresponde a uma formulação sem a menção expressa à matéria extrapenal infringida, sendo seu desconhecimento mero erro de proibição.⁴⁰⁶

No entanto, se o tipo não se evidencia pelas características descritivas e normativas determinadas pelo detalhamento da conduta na lei penal, a ofensividade só se revelará pela consideração da contrariedade ao que está estabelecido nas normas de proteção. Aqui, o conhecimento da norma complementar é elemento essencial, indispensável para que o tipo de injusto caracterize uma ofensa objetiva ao bem jurídico tutelado. Isso ocorre com bastante frequência nos crimes de perigo abstrato, quando o prejuízo se dá nas condições de segurança

⁴⁰⁴ FRISCH, Wolfgang et al. **El Error en el Derecho Penal**. P. 159 a 161.

⁴⁰⁵ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Conteúdo intelectual do dolo nos crimes ambientais: o problema do erro sobre a norma de complementação das leis penais em branco**. P. 15.

⁴⁰⁶ Ibidem. P. 25-26.

necessárias à proteção do bem jurídico. Nesse caso, o desconhecimento das ditas normas provocaria, sim, a exclusão do dolo e, por consequência, o reconhecimento da atipicidade subjetiva.⁴⁰⁷

No direito penal econômico, também são muitas as figuras de difícil conhecimento por parte do destinatário da norma. Pode-se citar, como exemplo, o delito de *insider trading*. Primeiramente, a indefinição doutrinária a respeito do que seria uma norma penal em branco, um elemento normativo do tipo ou um tipo penal aberto contribui, ainda mais, para a dificuldade de se auferir o real significado de algumas figuras delitivas, bem como de se conhecer o seu complemento. No caso citado, a norma complementar define o termo “relevante”, o que se poderia pensar ser algo dependente apenas de interpretação, já que o artigo 27-D da Lei n. 6.385 de 1976 não faz referência expressa à necessidade da Instrução n. 358 da Comissão de Valores Imobiliários para a aplicação do tipo penal.

Importante frisar que, como já mencionado, muitas vezes o erro de proibição é afastado pela ideia de evitabilidade, constante no parágrafo único do artigo 21 do Código Penal, nos seguintes termos: “considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

Para Alaor Leite, o critério central que orienta a avaliação de evitabilidade é o dever de informação, que decorre da própria existência da dúvida. Ela deve motivar o agente a pesquisar a matéria e informar-se. Esse dever seria instrumental, conduzindo o agente à consciência segura da licitude ou da ilicitude de seu atuar. Se o esgotamento desse dever não levar à consciência segura do injusto, deve ser, de pronto, reconhecida a inevitabilidade do erro.⁴⁰⁸

No entender de Helena Lobo da Costa, a argumentação se dá, nessa seara, no nível da ficção, levando-se em conta, para tanto, a profissão, ocupação ou grau de instrução do agente, o que seria inadmissível para um direito penal fundado na ideia de culpa. A autora, no mesmo sentido do exposto por Frederico Horta, salienta que, se o conteúdo completo da norma não for apreendido pelo dolo do agente, a tipicidade está novamente comprometida, em sua vertente subjetiva.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Conteúdo intelectual do dolo nos crimes ambientais: o problema do erro sobre a norma de complementação das leis penais em branco**. P. 27-28.

⁴⁰⁸ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. P. 144 e 145.

⁴⁰⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. P. 81 e 82.

Se observa na jurisprudência, nessa discussão, ainda a utilização da empoeirada figura do homem médio, a qual, sabe-se, é sujeita a toda sorte de manipulações discursivas. O homem médio seria a representação ideal do cidadão comum, com um nível social e intelectual que se situa nem abaixo e nem acima da maior parte da população. Bastante ilustrativo é o julgado do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, em análise de crime ambiental no qual ocorre a diminuição da pena ante a sua evitabilidade, uma vez que o homem médio poderia não deter o conhecimento prévio da norma, porém obtê-lo mediante pesquisa razoavelmente acessível:

APELAÇÃO-CRIME. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E CRIME AMBIENTAL. ART. 56 DA LEI 9.605/1998. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. ERRO SOBRE A ILICITUDE DOS FATOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. (...) Por outro lado, avalia-se que parcial razão assiste ao recorrente no que tange ao crime antevisto no art. 56 da Lei 9.605/1998, já que é evitável o erro sobre a ilicitude do fato de armazenar doze litros de gasolina aditivada em sua residência, pois o réu facilmente poderia ter obtido informações a respeito de sua proibição, mas não se pode dizer ser comum o homem médio conhecê-la (...).(TJ-RS, 2012, Nº 70051609147).⁴¹⁰

Por óbvio que tal elasticidade discursiva não se adequa, por completo, ao que se espera de um direito penal consolidado por garantias e princípios rígidos.

6. As questões processuais e os demais problemas advindos da complexa relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo

Como já se referiu ao longo dessa investigação, são muitos os problemas decorrentes da má delimitação existente entre o direito penal e o direito administrativo, seus âmbitos de atuação, as peculiaridades de suas sanções, etc. A ausência de definição sobre a natureza do ilícito penal e do ilícito administrativo,⁴¹¹ a desproporcionalidade entre as sanções existentes nos dois ramos e a constante ocorrência de *bis in idem* – apoiada no falacioso argumento de independência das esferas – são apenas algumas das questões materiais a serem levantadas.

⁴¹⁰ Apelação Crime Nº 70051609147, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 29/11/2012.

⁴¹¹ Sobre o tema, existem diversos entendimentos doutrinários. A fim de manter o escopo dessa pesquisa, nos referimos ao que já foi dito sobre esta questão no segundo capítulo desse trabalho, bem como ao artigo: “O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias.”, de Chiavelli Facenda Falavigno.

É o que leva a doutrina a falar na já referida administrativização do direito penal:

O fenômeno da administrativização do direito penal já foi amplamente diagnosticado pela doutrina. Sua principal característica consiste no excesso de complementações a que fica sujeito o ilícito penal. Assim, para compreender a tipicidade – e muitas vezes, também a ilicitude de uma conduta – é necessário recorrer a regulamentos, portarias, resoluções e até mesmo a atos administrativos, caso das autorizações, permissões e licenças. Não raro a ilicitude penal resume-se à desobediência à administração. (COSTA, 2013, p. 113).

Ocorre que, nestes novos ramos, sobretudo no direito penal econômico, há incidência de norma punitiva em matérias que já eram bastante reguladas por outros setores, principalmente o administrativo. Assim, muitas vezes, a norma penal atua sobre atividade econômica que se materializa por meio de descrição constante em regulamentos. É, portanto, bastante previsível que a sobreposição de ditas regras possa gerar incompatibilidades e dificuldades de compreensão.

Conforme Laura Zuñiga Rodriguez, o direito penal econômico afeta, em suas tipificações, uma série de princípios ínsitos à matéria, como a taxatividade, a subsidiariedade e a proporcionalidade. As leis penais em branco, os tipos abertos, as normas de reenvio e a assessoriedade administrativa, bem como os delitos de perigo e aqueles que sancionam a mera desobediência, representam o caráter desse direito penal administrativizado. Nesse ramo, a norma administrativa funciona como a mensagem direta ao destinatário, e a norma penal atua como um “braço armado” que garante a primeira. A ordem econômica necessita, por sua natureza, de uma série de regras extrapenais para quantificar riscos e geri-los, estabelecendo procedimentos obrigatórios, o que faz do direito penal administrativizado, na verdade, o direito da gestão punitiva de riscos.⁴¹²

Especificamente sobre o *bis in idem*, Helena Lobo da Costa aponta que já é considerado, para a não imposição de dupla punição decorrentes do direito penal e do direito administrativo sancionador, por alguns Tribunais internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos. A análise, aqui, se daria pela existência de duas sanções de caráter

⁴¹² ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador: hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador.** P. 1422 e 1423.

punitivo, ainda que uma delas seja formalmente administrativa.⁴¹³ No mesmo sentido é o pensamento de José Cerezo Mir.⁴¹⁴

Ocorre ainda que, muitas vezes, a sanção administrativa pode ser mais gravosa que a penal, como na comparação entre a Lei de Improbidade Administrativa, n. 8429/92, e os tipos do Código Penal que preveem pena passível de conversão em sanção restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do referido diploma legal.

Ainda sobre a desproporcionalidade e a falta de conexão entre os dois sistemas ao regularem, por vezes, as mesmas condutas, cite-se o ocorrido em 2017, com a publicação da Portaria n. 1.129/2017 pelo Ministério do Trabalho. Tal portaria, hoje revogada, descrevia de forma extremamente pormenorizada a conduta punível administrativamente no caso de uso de trabalho escravo, de forma a se tornar muito mais restrita que a conduta análoga passível de punição criminal, nos termos do artigo 149 do Código Penal. Ou seja, a descrição penal genérica abrangeria mais ações que a contida na regulação administrativa, que impunha, por óbvio, pena não privativa de liberdade, consagrando a total falta de coerência e hierarquia no sistema sancionatório pátrio.

O direito administrativo sancionador apresenta, na verdade, muitas características típicas de sistemas punitivos, o que tem levado a pesquisas sobre sua necessária compatibilização com o direito penal, na forma de uma mensuração de ilicitudes que se complementem, mas não se sobreponham. Para Jose Cerezo Mir, é urgente que os legisladores reorganizem os limites entre o direito penal e o direito administrativo. Os critérios, a seu ver, deveriam ser a gravidade das infrações, do ponto de vista material (desvalor ético-social ou cultural) e razões de política criminal (como a rapidez e a efetividade da sanção imposta). Grande parte das condutas previstas no Código Penal espanhol poderiam, então, transformar-se em infrações meramente administrativas, enquanto infrações administrativas graves deveriam se converter em delitos ou serem simplesmente suprimidas, caso tal delito já exista. O escalonamento de condutas pela sua gravidade deveria ser feito também internamente no Direito Administrativo, emprestando às condutas mais lesivas a aplicação de princípios fundamentais do direito penal, como a legalidade, a irretroatividade da lei mais punitiva, a culpabilidade, etc.⁴¹⁵

⁴¹³ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada.** P. 193.

⁴¹⁴ CEREZO MIR, José. **Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo.** P. 170.

⁴¹⁵ *Ibidem.* P. 169 e 170.

No mesmo sentido, para Vicente Greco e João Rassi, o estudo das semelhanças e diferenças existentes entre os dois ramos do direito é essencial para que se proponha a descriminalização de condutas mais brandas, bem como para que se transponham garantias penais na aplicação de sanções administrativas mais graves.⁴¹⁶ Cite-se, por exemplo, a Lei 12.846 de 2013, que sanciona administrativamente as pessoas jurídicas por condutas de corrupção, as quais se encontram descritas no artigo 5º do dito diploma legal. Nota-se que se trata, na verdade, de condutas análogas às constantes nos artigos 317 e seguintes do Código Penal, as quais, pela gravidade das sanções impostas, deveriam ser apuradas mediante procedimento permeado de garantias.

Luciano Anderson de Souza salienta que o repensar dessa matéria e qualquer modificação nela proposta deve se dar com o cuidado essencial para que não ocorra a simples mudança de local no qual ocorrem arbitrariedades. Nesse sentido, sugere uma série de alterações no direito administrativo sancionador, de forma a torná-lo eficiente, porém mais permeável a algumas garantias constitucionais tipicamente penais, como o princípio da legalidade, a inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade, etc.⁴¹⁷

Ainda, em termos de processo, são também muitas as complexidades, como a ausência de uma defesa efetiva e a ocorrência de diversas arbitrariedades em âmbito administrativo, servindo esse processo, posteriormente, como prova ou marco de suspensão prescricional dentro do processo penal, a exemplo do que determina a Súmula Vinculante n. 24, mesmo sabendo-se que esse último deveria primar pelo mais amplo e efetivo direito à defesa.

Ademais, a atuação de funcionários do fisco, sobretudo nos delitos econômicos, seja na lavratura do auto de infração ou, posteriormente, no julgamento da demanda – ambos considerados componentes da materialidade do ilícito criminal –, demonstra claro problema de parcialidade, uma vez que tais indivíduos são parte da Administração, que se trata da vítima do delito.⁴¹⁸ Cabe, aliás, questionar o fato de a mera atuação do funcionário ser considerada prova cabal de materialidade, muitas vezes sem a devida realização de perícia técnica, o que ocorre também em processos que investigam crimes ambientais. A prova de elementos mínimos de autoria e materialidade, a chamada justa causa, é essencial para o

⁴¹⁶GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **A corrupção e o Direito Administrativo sancionador**. P. 751.

⁴¹⁷SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. P. 137-149.

⁴¹⁸COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. P. 117.

início da ação penal, que já causa gravame ao acusado. Nesse sentido, sua configuração deveria dar-se com base em um standard probatório mais elevado, com uso de conhecimento técnico específico, científico e, dentro do possível, imparcial. A influência do procedimento administrativo, no qual há um mitigado direito à defesa, dentro do processo penal provoca, por vezes, uma verdadeira inversão do ônus da prova.

Aliás, há muito que o processo administrativo, regulado pela Lei n. 9.784/1999, é visto como bastante propício para a ocorrência de diversas arbitrariedades, seja pela ausência de regulação de um direito de defesa efetivo, seja pelos procedimentos típicos da Administração em seu viés de polícia, muitos dos quais são reproduzidos nos julgamentos dessas demandas. Conforme Ada Pellegrini Grinover, a desnecessidade de defesa técnica, balizada pela Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal, vem em contrapartida do que dispunha a Constituição, em seu artigo 5º, LV, no intento de estender procedimentos de defesa típicos do processo judicial ao processo administrativo, sobretudo o de caráter disciplinar.⁴¹⁹

Denise Luz, em obra sobre improbidade administrativa, defende a impossibilidade de que o rito adotado em ditos procedimentos siga o Código de Processo Civil. Para a autora, as penas de confissão para a não contestação pontual de cada item contido na inicial acusatória são absolutamente incompatíveis com a natureza do direito material ali abordado. Nesse sentido, advoga a autora pelo uso de procedimentos no mínimo semelhantes aos adotados para a apuração de uma infração penal.⁴²⁰

Nota-se que a indefinição legislativa é tão evidente que há, em muitos casos, uma mistura de procedimentos, os quais não se encontram na mesma seara que o direito material tratado na ação. Não há, na verdade, um procedimento processual administrativo regulamentado que atenda à demanda de um direito administrativo crescente, com caráter sancionatório semelhante ao direito penal.

De se notar que, infelizmente, o encontro dos processos penais, civil e administrativo dificilmente redundam em um aumento de garantias, podendo-se observar, na prática forense, justamente o movimento contrário, como a supressão de princípios processuais penais com base em teorias típicas de processo civil, como se dá no exame das nulidades, as quais, hodiernamente, dependem de prova do prejuízo, conforme denuncia Daniel Zaclis.⁴²¹

⁴¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo administrativo sancionatório**. P. 9 e 10.

⁴²⁰ LUZ, Denise. **O direito administrativo sancionador judicializado**. P. 136.

⁴²¹ ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal**. P. 99 e seguintes.

Nas palavras de Bernardo José Feijóo Sánchez:

Este processo de administrativização dos processos de criminalização não somente transforma radicalmente a configuração do direito penal substantivo, mas também as características do direito processual penal. O crescente recurso, na regulação do processo penal a técnicas seletivas de persecução, é um indício de que o direito penal está ocupando-se de mais fatos que os que lhe correspondem, alcançando uma extensão disfuncionalmente desmesurada e, por isso, suas técnicas de tratamento dos conflitos se administrativizam e se privatizam (a saber, perdem suas características penais). (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2011, p. 25).

Assim, passa-se, nesse momento, a analisar a última consequência da deslegalização elencada nesse trabalho, a qual reflete, em grande parte, a incidência conjunta dos problemas apontados nesse capítulo.

7. A perda da efetividade da norma

Diante de todo o exposto nesse tópico, é essencial que se relate, por fim, no que redundava a ocorrência de demasiados problemas de legitimidade e efetividade no direito penal excessivamente complementado por disposições administrativas.

A primeira conclusão a que se pode chegar está diretamente relacionada à ideia de consciência, ao menos em potencial, da ilicitude de uma conduta. Conforme Enrique Urzúa Cury, aquele que executa um delito só pode ser culpável por ele se, no momento da ação, possuía a possibilidade real de conhecer o injusto de sua atuação,⁴²² reforçando que o conhecimento da norma é, como já exposto, essencial para o reconhecimento do fato como passível de imposição de sanção criminal. Contudo, há um outro aspecto que merece menção nessa seara, qual seja, o efeito produzido internamente no sujeito pela ciência de que seu comportamento é penalmente reprovável.

Nesse sentido, é inegável que o desconhecimento da norma complementadora ou a sua má compreensão não possuem o condão de influenciar o comportamento do agente, de motivá-lo a agir de acordo com o direito ou dissuadi-lo da prática criminosa.

Nesse sentido são as palavras de Ana Elisa Liberatore Bechara:

⁴²² CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal**. P. 61.

Quando a utilização de elementos normativos leva à transferência do próprio sentido da criminalização para fora do Direito Penal, delegando-o a normas extrapenais e, assim, à ampla interpretação judicial, opera-se uma grande insegurança e desorientação nos destinatários da norma, restando difícil a identificação das condutas proibidas criminalmente e, assim, a motivação em relação a elas. (BECHARA, 2017, p. 125).

Helena Regina Lobo da Costa também endossa esse entendimento, afirmando que a compreensão da norma não é apenas uma garantia, mas também um elemento essencial para a motivação do destinatário, não sendo razoável sancionar quem desconhecia suas obrigações. Ademais, no caso dos delitos ambientais direcionados a empresas, tal situação se agrava pela presunção de conhecimento, uma vez que o responsável teria o especial interesse de se informar, já que sua atividade o coloca em uma posição de criminoso em potencial, apresentando grande risco:

Essa dificuldade de motivação acarretada pela assessoriedade administrativa consiste, evidentemente, em um obstáculo para a efetividade da norma penal. Obstáculo ainda maior advém da cumulação de seletividades: a seletividade do sistema penal é somada à seletividade do sistema administrativo, o que gera déficits de execução significativos e, o que é mais grave, aplicação seletivamente desigual da norma penal. (COSTA, 2010, p. 83).

Não é diverso o entendimento de Dulce María Santana Vega, para quem a falta de clareza do tipo, com sua remissão ao congestionado mundo normativo do direito administrativo, prejudicaria a função motivadora da norma, uma vez que o cidadão não tem o total conhecimento do que é incriminado, seja para não delinquir, seja para denunciar eventuais delitos.⁴²³

Importante mencionar, ademais, que o problema ora aventado remete a uma discussão bastante antiga em matéria de direito penal, qual seja, a das finalidades da pena privativa de liberdade. Tal questão concerne à própria legitimação do direito penal, o que se encontra em xeque, nessa pesquisa, no que diz respeito a matérias que sofrem demasiada influência do direito administrativo. Quando a imposição da sanção privativa de liberdade a nada se presta, qual seria o sentido de manter determinadas condutas sob a égide do sistema punitivo?

Ainda que existam correntes abolicionistas em matéria penal, prevalece a doutrina que encontra, sim, fins atribuíveis à pena de prisão. Tais fins, aliás, encontram-se

⁴²³ SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. P. 22.

diversamente instituídos na legislação brasileira, pois, enquanto o Código Penal, em seu artigo 59, estabelece a pena como retributiva, a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 1º, defende ser ela majoritariamente ressocializadora. A Constituição, por sua vez, deixa, equivocadamente, de realizar esse debate.

Sabe-se que as teorias que justificam a pena criminal se dividem em dois grupos, quais sejam, as absolutas, nas quais se incluem a retribuição e a expiação, e as relativas, que trabalham com ideias de prevenção geral ou prevenção especial.⁴²⁴

Para as teorias absolutas, a pena corresponderia à compensação do mal causado pela prática delitiva e sua imposição visaria gerar um justo equivalente ao dano, o que deve ser proporcional à culpa do agente.⁴²⁵ Contudo, para este estudo, importam sobremaneira as ditas teorias relativas.

Para essas últimas, as quais também são chamadas teorias de fins, a pena não deixa de ser um mal, porém com notável função político-criminal. Ela possui, antes de mais nada, um sentido social-positivo e visa a prevenir futuras práticas criminosas. Tais teorias se dividem entre as doutrinas de prevenção geral e as de prevenção especial.

Por prevenção geral, entende-se a pena como instrumento político-criminal que atua psiquicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática criminosa por meio da ameaça de privação da liberdade, ante o risco da aplicação da sanção. Ela pode ser negativa, quando se trabalha com a ideia de intimidação, ou positiva, quando se reforça, pela via da pena, os padrões de comportamento tidos como ideais, sobrevivendo o conceito de integração, que diz respeito à confiança geral na vigência das normas que compõem o ordenamento.⁴²⁶

Já a prevenção especial ou individual se baseia na ideia da sanção como instrumento que atua sobre a pessoa do delinquente, evitando que ele reitere a conduta delitiva. Tal

⁴²⁴ Não se ignora a crítica de Wolfgang Frisch a ditas teorias, no sentido de que ambas seriam inadmissíveis no estado de evolução constitucional atual: “Queda un grupo de teorías que, del mismo modo que rechazan el culto al sufrimiento de la antigua teoría de la retribución, se oponen de forma escéptica a la metafísica de la compensación de la culpabilidad (en el sentido del injusto culpable). La pena es para estas teorías una necesidad emplazada terrenalmente, una institución irrenunciable en el marco de un comunidad estatal. Con ello no se apunta a la necesidad de proteger a futuro a la comunidad frente al autor de un hecho punible, ni tampoco a la necesidad de que potenciales autores resulten intimidados con motivo del delito cometido por el autor, de modo que así desistan de futuros hechos delictivos. La necesidad guarda aquí relación con el mismo Derecho o con la misma norma de comportamiento que infringe el autor. Se concibe como la necesidad de pena en aras de garantizar un determinado estado del derecho (Zustand des Rechts), su vigencia y su carácter inquebrantable.”(FRISCH, 2018, p. 10).

⁴²⁵FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte geral. Tomo I.** P. 45.

⁴²⁶Ibidem. P. 51 a 53.

prevenção se dá de forma negativa pela neutralização do agente, e de forma positiva por sua socialização e reforma moral.⁴²⁷

Nota-se que as teorias preventivas dependem, em quase todas as suas formas, da ciência do indivíduo sobre a norma e sua sanção, principalmente no que tange à prevenção geral negativa. Assim, para os partidários da pena como prevenção geral negativa,⁴²⁸ a intimidação não se concretizaria, uma vez que o indivíduo, como mais um membro da comunidade, desconhece o real conteúdo da norma, não podendo sentir-se impelido a não realizar a conduta nela prevista, pois a desconhece ou não compreende perfeitamente quais atos podem gerar a imposição de pena. Dessa forma, o indivíduo não sofre influência da norma em sua conduta, que não o motiva positiva ou negativamente a agir conforme o direito. Nesse sentido, a ameaça de imposição da pena passa a carecer de justificativa, levando-se ao inevitável questionamento da necessidade e dos benefícios de se manter determinadas condutas criminalizadas, ao menos na forma em que hoje estão.

Por fim, é necessário que se aborde questões de política criminal, as quais serão melhor desenvolvidas na quarta e última parte desta pesquisa. Muitas das regulações penais que hoje tomam forma em matéria de direitos coletivos se baseiam no chamado princípio da eficiência,⁴²⁹ o qual busca, por meio do direito penal veloz e economicamente satisfatório, viabilizar a persecução e a punição de condutas criminosas, visando a, assim, diminuir a afetação de ditos bens jurídicos. Contudo, em contrapartida, o que se observa é que grande parte dessa legislação tem resultado no que se convencionou chamar direito penal simbólico, redundando, portanto, no extremo oposto do argumento que baliza sua criação.

Especificamente sobre o uso de critérios de eficiência em matéria de direito e processo penal, explicita Antônio Scarance Fernandes que a própria Constituição garante a todo cidadão, no *caput* do seu artigo 5º, o direito à liberdade e à segurança. Dessa forma, cabe ao Estado agir, criando órgãos e procedimentos que atuem repressivamente, porém sem deixar de atribuir ao acusado os meios essenciais para a mais plena defesa de sua liberdade.⁴³⁰ Assim, é da natureza da tutela penal a compatibilidade entre esses dois extremos, quais sejam, a eficiência e a preservação das garantias.

Para Hugo Leonardo Rodrigues Santos, critérios utilitaristas embasam grande parte das teorias modernas que buscam fundamentar o uso do direito penal, como a funcionalista

⁴²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte geral. Tomo I.** P. 54 e 55.

⁴²⁸ REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código.** P. 179.

⁴²⁹ Sobre o tema: **Eficiência e direito penal.**, de Jesus María Silva Sánchez.

⁴³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** P. 233.

e a própria imputação objetiva. Ideias como a celeridade, a duração razoável do processo e a análise de custo e benefício à moda de estudos econômicos fazem parte do cotidiano de muitos sistemas judiciais, sobretudo nos países de Common Law.⁴³¹

A definição da finalidade do direito penal e da sanção, nos moldes já referidos, faz parte dessa conta, uma vez que permite mensurar se os custos sociais da aplicação da lei penal são proporcionais e razoáveis em comparação aos benefícios dela advindos. Ademais, salienta o autor a importância de se diferenciar a eficiência em si do chamado discurso efficientista, o qual propõe a redução drástica de garantias, resultando na construção de uma intervenção penal visivelmente autoritária.⁴³²

O critério de eficiência é – ou deveria ser – útil, portanto, para que se analise não apenas a viabilidade da punição célere e eficaz por meio do direito penal, mas também para que se proponha, em muitos casos, sua redução e até seu abandono, com o uso de outras vias jurídicas mais apropriadas a essa função, seja por meio do direito civil ou do direito administrativo. Todavia, não é o que se observa no cotidiano jurídico, em que o argumento da eficiência é reiteradamente citado para a expansão da legislação penal, sobretudo nos setores que são o cerne deste trabalho de pesquisa, quais sejam, o direito penal ambiental, o direito penal econômico e o direito penal de drogas. Tais discursos vêm, geralmente, desacompanhados de quaisquer pesquisas que possam comprovar minimamente os resultados de suas promessas de aumento na segurança pública, o que sublinha a importância dos chamados estudos prévios e posteriores de impacto legislativo, referidos na segunda parte desse trabalho.

O uso da tutela penal, nesse contexto, resulta, muitas vezes, como se referiu, na construção de um sem número de tipos penais meramente simbólicos, os quais servem apenas à inflação legal, dificultando o conhecimento da norma, sobretudo ao fazer uso de assessoriedade administrativa. Explique-se: se o destinatário não conhece de fato ou não compreende o conteúdo da proibição, não tem qualquer possibilidade de que se direcione em seu sentido, ou de que dito conteúdo o motive a não delinquir. Nesse sentido, a produção desenfreada de mais textos nessas áreas, principalmente em campo econômico e ambiental, com o uso de diversas remissões, serve apenas a finalidades políticas, sem contribuir de forma eficiente para a solução do problema, uma vez que sua influência sobre o

⁴³¹ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Acerca da possibilidade de utilização do critério de eficiência no direito penal.** P. 22-31.

⁴³² *Ibidem.*

comportamento dos cidadãos é, na maioria dos casos, uma ficção, já que mesmo operadores do direito têm dificuldades em conhecer e compreender de forma plena esses tipos.

Winfried Hassemer, em estudo sobre o direito penal simbólico, esclarece:

Cientistas políticos norte-americanos, pesquisadores de sociologia e de criminologia descobriram, desde a década de 60, que na política não há apenas poder e interesse, mas também simbologia, e sua função e defesa diz respeito a: elaboração e resumo de símbolos (os quais possuem algum potencial emotivo e manipulativo) ou a referência e a consolidação de símbolos (os quais possuem só uma relação aberta para com a realidade existente, e, todavia, tem a habilidade de criar novas realidades). (HASSEMER, 2016, p. 554 - tradução da autora).⁴³³

De acordo com Adalberto Narciso Hommerding e José Francisco Dias da Costa Lyra, entende-se por legislação simbólica aquela que é feita por razões populistas, atendendo a interesses midiáticos e econômicos, sem contribuir para a real solução dos problemas aos quais se dirige.⁴³⁴ Na verdade, sabe-se que tal legislação almeja, por vezes, exatamente a postergação da resolução do problema, uma vez que a lei simbólica se presta a ser um paliativo, desincumbindo, ainda que temporariamente, os responsáveis de pensar meios realmente efetivos de resolver problemas criminais:

Tais efeitos simbólicos caracterizam-se, em primeiro lugar, pela tendência de demonstrar a rapidez dos reflexos de atuação do legislador face ao surgimento de problemas novos, em segundo lugar pela tendência do legislador de se identificar com determinadas preocupações dos cidadãos, de modo que procura suscitar na sociedade a confiança de que está fazendo algo em relação aos problemas que àquela parecem irresolúveis, produzindo o efeito de acalmar as reações emocionais que produzem entre os cidadãos. (SILVA, 2004, p. 122).

Alamiro Velludo Salvador Netto analisa o fenômeno de forma ampla. Para o autor, a sociedade de riscos e a necessidade de tutela de novos bens jurídicos, juntamente com as novas finalidades atribuídas ao direito penal impõem o uso de tipos abertos, normas penais em branco e crimes de perigo, os quais operacionalizam o paradigma contemporâneo de

⁴³³ Nordamerikanische Politologen, Gesellschaftswissenschaftler und Kriminologen haben schon seit den sechziger Jahren herausgearbeitet, daß es in der Politik nicht nur um Macht und Interesse, sondern daß es auch um Symbole, um deren Besetzung und Abwehr geht: um "elaborating symbols" und "summarizing symbols" (welch letztere etwa emotive und manipulative Potenzen haben) oder um Verweisungs- und Verdichtungssymbole (welch letztere etwa eine nur lockere Beziehung zur vorfindbaren Wirklichkeit, dafür aber die Fähigkeit aufweisen, neue Wirklichkeiten illusionär zu erschaffen).

⁴³⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. P. 18.

criminalização. Contudo, essa nova realidade apresenta dois problemas: o uso precoce do direito penal como única forma de tutela de um número cada vez maior de comportamentos e, em seguida, a frustração de expectativas, ante a constatação de sua ineficiência. Nesse caldo cultural, constata-se a ocorrência do chamado direito penal simbólico, que se concretiza pela impossibilidade de a norma cumprir seu papel de alteração social e controle de condutas indesejadas.⁴³⁵

Os tipos são cunhados sem a mínima condição de aplicação, em razão de muitos dos problemas apontados nesse capítulo, e possuem um valor meramente simbólico em matéria de proibição. Nas palavras do Hassemer, há uma preponderância das funções latentes sobre as manifestas.⁴³⁶

Para Helena Lobo da Costa, o efeito de descontextualização, despolitização e simplificação de conflitos já ocorre com bastante frequência quando esses são levados à área penal, não sendo uma consequência exclusiva do direito penal simbólico. No entanto, nesse último caso, as consequências são ainda mais graves, pois os chamados efeitos latentes alcançados de forma imediata, quais sejam, o lucro político, a demonstração de prontidão, a satisfação simbólica de interesses em conflito e o aquietamento da pressão pública, auxiliam para que não se note que a real solução do problema não foi encontrada, dificultando a busca dessas respostas e mesmo o uso de caminhos alternativos, fora da esfera do direito penal.⁴³⁷

Para a autora, as características do direito penal simbólico seriam, em resumo, a inefetividade instrumental, a incapacidade estrutural da norma em produzir efeitos manifestos, as circunstâncias de sua criação e, por fim, o componente de engano contido na norma, ainda que não tenha sido querido ou percebido pelo legislador. Por esse último, entende-se a expectativa de que, com a aplicação da norma, atinja-se algo diverso do que nela está escrito. Importa salientar, ademais, que normas criadas em ambientes de estratégia política ou social, visando a resolver questões complexas e permeadas de interesses conflitantes – as quais são de difícil solução e comportam, ainda, pressão pública e midiática –, possuem grande chance de constituírem direito penal meramente simbólico.⁴³⁸

⁴³⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. P. 153-158.

⁴³⁶ HASSEMER, Winfried. **Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz**. P. 559.

⁴³⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. P. 137 e 138.

⁴³⁸ *Ibidem*. P. 116-151.

No que tange especialmente ao direito penal ambiental brasileiro, o predomínio do caráter simbólico é apontado por grande parte da doutrina, da qual são exemplos Helena Regina Lobo da Costa⁴³⁹ e Renato de Mello Jorge Silveira.⁴⁴⁰

O direito penal econômico pátrio também é merecedor dessa crítica, tendo em vista, por exemplo, o grande número de acordos que afastam, pelo mero pagamento, a responsabilidade penal, do qual é exemplo o parágrafo 2º, do artigo 9º, da Lei n. 10.684 de 2003. Nota-se que o intento da legislação é, antes de punir, aumentar a arrecadação tributária.

A lei penal de drogas também sofre desse efeito, uma vez que provoca grande encarceramento sem reduzir, de fato, a prática delitativa nessa seara, bem como sem produzir qualquer efeito ressocializador ou mesmo neutralizador naqueles que são atingidos pela via penal, sendo as penitenciárias local de perpetuação do tráfico de drogas. Do ponto de vista criminológico, essa norma é ainda mais grave, pois sua incidência se dá de forma bastante seletiva, sendo os tipos gravosos geralmente imputados quando a acusação recai sobre acusados vulneráveis, negros ou oriundos de comunidades carentes.

Ainda que toda a norma penal possua, sim, alguma função simbólica, o que ocorre nesses casos é a preponderância, a hipertrofia dessa função. A norma deixa de apresentar uma simbologia adicional e passa a ostentá-la de forma única e isolada. Ou seja, a questão não está na existência do simbolismo, e sim em seu grau. Nesse sentido, os tipos abertos, as normas penais em branco e as demais técnicas legislativas semelhantes devem ser combatidas, controladas, ou, ao menos, minimizadas, uma vez que significam a adaptabilidade do sistema, constituindo estruturas elementares para sua reprodução.⁴⁴¹

8. Considerações parciais

Desse título, pode-se auferir que as normas penais em branco, juntamente com outras formas de assessoriedade, como os elementos normativos do tipo, provocam uma série de consequências prejudiciais a princípios basilares do direito penal liberal.

Em primeiro lugar, a própria justificativa constitucional para a existência da norma é colocada em xeque, pois o bem jurídico deixa, em alguns tipos, de ser tutelado de forma

⁴³⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. P. 140.

⁴⁴⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **As duas faces de janus: a criminalização e a descriminalização do direito ambiental**. P. 303.

⁴⁴¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. P. 153-158.

direta. Nesses casos, a norma penal protege a atuação da Administração Pública, funcionando como um sancionamento mais grave para o descumprimento de regulações.

No que tange à legalidade, norma máxima do ordenamento penal típico de um Estado Democrático de Direito, vislumbra-se sua violação em duas vertentes, quais sejam, na definição da competência para legislar em matéria penal e nos mandamentos de precisão e taxatividade da descrição típica. A norma deslegalizada tem também, por vezes, a definição do núcleo da proibição realizada por meio de regulamentos expedidos por órgãos do Poder Executivo. E ainda, a definição imprecisa, com sucessivas remissões, fere a garantia de exatidão que deve ser ínsita à determinação da conduta punível, impossibilitando sua compreensão pelos destinatários da lei. Frise-se que o descumprimento de tais mandamentos, por meio do mau uso de assessoriedade, motivou o termo deslegalização, título dessa pesquisa.

Ademais, o uso exacerbado e desregulado de dita técnica coloca em risco a possibilidade de punição, pois acarreta, em muitos casos, a exclusão da culpabilidade, elemento central do crime, em razão do desconhecimento ou da não compreensão do conteúdo proibitivo por parte dos cidadãos, dando azo à ocorrência indiscriminada de erro de proibição. Nesses casos, aliás, tal instituto se confunde com o próprio erro de tipo, impossibilitando de forma total a punição da conduta.

Em termos procedimentais, o uso do processo administrativo como meio de prova, no processo penal, coloca em xeque a existência de uma justa causa idônea para o início da ação penal e a atuação dos funcionários públicos nessa seara é de questionável imparcialidade, pois se tratam de membros de uma das vítimas da conduta. Há, ainda, problemas de *bis in idem* e de proporcionalidade no sistema sancionatório, com a sobreposição de punições nas duas esferas e a imposição de penas mais graves na seara administrativa, em alguns casos.

Por fim, constata-se que normas excessivamente complementadas podem ter sua própria eficiência questionada, pois a ocorrência simultânea das consequências nocivas apontadas acaba por transformá-las em mero direito penal simbólico, sem efetiva contribuição para a solução dos problemas que visam a combater e que, por óbvio, justificaram sua confecção. A falta de ciência e compreensão pelos destinatários afasta a possibilidade de que tal norma influencie a vontade e a motivação do indivíduo de comportar-se de acordo com o seu mandamento, servindo apenas a fins políticos e eleitoreiros, na esteira da atmosfera delineada no segundo capítulo dessa pesquisa. O ambiente de inflação legislativa torna-se, portanto, meramente figurativo.

CAPÍTULO IV: AS POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO DO PROBLEMA

1. O direito penal deslegalizado

Do exposto até o presente momento, é possível auferir que há, no Brasil, uso excessivo de normas penais em branco, bem como emprego de má técnica legislativa em sua elaboração. Diversas são as causas do fenômeno, conforme desenvolvido na segunda parte desse trabalho, como a criação de novos bens jurídicos e o processo expansionista pelo qual vem passando o direito penal, ambos combinados com a ausência de estudo aprofundado e de controle sobre aspectos nucleares do procedimento legiferante.

Contudo, a maior preocupação reside nas consequências do direito penal deslegalizado – as quais foram expostas na terceira parte dessa pesquisa –, cuja ocorrência, de forma isolada ou cumulativa, pode causar sérios danos aos princípios mais caros do direito penal pós-iluminista, como a legalidade e a *ultima ratio*, bem como prejudicar o exercício da ampla defesa e demais garantias processuais. Nesse sentido, é absolutamente impositivo que se passe a estudar meios de superação da questão.

A quarta e última parte dessa pesquisa se propõe, portanto, a apresentar soluções para o problema da deslegalização, utilizando-se, para isso, de interfaces de criminologia e política criminal, do direito administrativo e, por fim, da dogmática penal. Acredita-se que essa problemática, como fenômeno complexo, não pode ser analisada apenas sob um ponto de vista, sendo necessária a combinação das diversas ciências pertinentes ao assunto para que as propostas possuam aderência à realidade criminal brasileira.

O isolamento dogmático, que ocorre em grande parte dos trabalhos de pesquisa e ocasiona o reducionismo de questões que, na época atual, não podem mais ser explicadas de forma unidimensional, é, em parte, responsável pelo fato de que muitas dessas pesquisas venham a apresentar pouca ou nenhuma utilidade prática no cenário jurídico pós-acadêmico.

O objetivo desse capítulo objetiva, desse modo, propor várias medidas que, combinadas ou não, possam solucionar algumas das consequências nefastas apontadas na terceira parte do trabalho.

No que tange à política criminal e à criminologia, a ideia é que sejam aprofundados os processos de descriminalização, sobretudo no que diz respeito às condutas relacionadas às drogas. Tais processos se fundamentam não apenas no princípio da *ultima ratio* do direito penal, mas também nas diversas consequências benéficas que proporcionam, seja em termos

de diminuição da morosidade do Judiciário, seja na redução das violações de direitos humanos ocorridas em sede de execução penal. Para tanto, os estudos prévios e posteriores de impacto legislativo são essenciais para que se possa conter as demandas sociais por expansão penal, por meio da comprovação da real efetividade da norma punitiva no incremento da segurança pública.

Em um segundo momento, irá se trabalhar com a ideia de construção de um sistema sancionador conjunto, de forma que o direito penal seja utilizado apenas na colmatação de lacunas, cumprindo sua função fragmentária. Para isso, propõe-se a expansão do setor administrativo, sobretudo em questões atinentes a crimes ambientais e econômicos.

Um dos fundamentos de tal proposta é a natureza desses bens jurídicos que, por sua pouca estabilidade natural, no caso do meio ambiente, ou artificial, no caso da economia, dificilmente se adequam a uma regulação que necessite de longos procedimentos de confecção e alteração normativa, como é o caso da lei penal. Outra importante justificativa seria o fato de que tais áreas, que hoje sofrem a incidência do direito penal, já se encontravam intensamente reguladas por outros ramos jurídicos, os quais ostentam normas mais flexíveis e dinâmicas que as que emanam do ordenamento criminal, gerando incompatibilidades.

Ainda, a influência da globalização e o enfraquecimento do Estado levou atividades antes realizadas pelo setor público às mãos de empresas privadas concessionárias e permissionárias, gerando a responsabilidade do Estado de intervir para controlar e sancionar eventual prática de ilícitos nos setores.⁴⁴² Demanda que deixa a questão se tal intervenção deve impreterivelmente dar-se pela via penal.

A tutela administrativa resolveria, também, boa parte das questões apontadas na terceira parte da pesquisa, as quais são de natureza eminentemente penal, como o desvio de tutela ao bem jurídico anunciado pela norma. No entanto, para que dito sistema seja expandido, é necessário que algumas das garantias penais e processuais penais sejam também estendidas para esta outra forma de tutela sancionatória, que é o direito administrativo, evitando-se que ocorra apenas o deslocamento de arbitrariedades.

Em relação ao direito penal, estuda-se a possibilidade de uma maior regulamentação doutrinária sobre o procedimento legislativo, buscando estabelecer critérios dogmáticos com base em doutrina e jurisprudência estrangeira que poderiam minimizar as consequências negativas apontadas na terceira parte desse trabalho. Nesse ponto, aceita-se

⁴⁴² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada.** P. 114-117.

como premissa que a possibilidade de existência de normas penais em branco é amplamente majoritária, ainda que se possa questionar sua constitucionalidade em alguns casos.

Assim, é essencial que se faça dois movimentos: a) a redução extrema do uso da técnica da norma penal em branco, o que se daria pela descriminalização de algumas condutas e pela expansão da tutela feita por outro ramo do direito sancionatório diverso do criminal, e b) o estabelecimento de critérios dogmáticos que tais normas devem seguir, de forma que se reduza as consequências negativas de seu uso, o que se fará pela exposição de mudanças que levem ao aprimoramento das formas de reenvio normativo existentes.

Novamente, a ideia é propor medidas que busquem solucionar algumas das consequências apontadas na terceira parte do trabalho, buscando, especificamente, medidas diversas para bens jurídicos que evidentemente não reclamam o mesmo tipo de regulação e sanção, como ocorre, por exemplo, com o meio ambiente, a economia⁴⁴³ e os entorpecentes.

2. Contribuições em matéria político-criminal

Conforme já se salientou nesse capítulo, acredita-se que a solução de um problema complexo como o ora tratado deve se dar com o estudo conjunto de diversas áreas do direito e, especialmente, das ciências criminais. Em que pese se pretender traçar, em um último momento, categorias dogmáticas que melhor orientem a aplicação de normas em branco, de forma a torná-las constitucionais e a reduzir suas consequências nocivas, não se ignora que um passo deveras importante, para reduzir a incidência de ditas normas seria, sem dúvida, a diminuição do uso do direito penal, o qual se encontra em franco processo de expansão, conforme relatado no segundo capítulo dessa pesquisa.

Sabe-se que a posição pela inconstitucionalidade total das normas penais em branco e a proibição de seu uso é bastante minoritária.⁴⁴⁴ Contudo, são muitos os autores, conforme já relatado ao longo desse trabalho, que advogam ser esse um procedimento excepcional, que deve ser reduzido à proteção de alguns bens jurídicos contra algumas formas específicas

⁴⁴³ Não se ignora as divergências existentes na doutrina a respeito do bem jurídico tutelado pelos crimes econômicos e financeiros. Não se adentrará nesse ponto, no entanto, uma vez que não é o escopo dessa pesquisa.

⁴⁴⁴ Se encontram posições respeitáveis nesse sentido, principalmente no que tange às normas penais em branco próprias ou heterogêneas, quais sejam, aquelas complementadas por norma de hierarquia inferior à lei. Nesse sentido: “(A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e consequências.”, de Francisco de Assis Rêgo Monteiro Júnior, p. 112.

de lesão, o que nada mais é que a consolidação do princípio da *ultima ratio* do direito penal, sobretudo pelo viés da fragmentariedade.

Para tanto, o estudo aprofundado da política criminal vigente, bem como de alguns posicionamentos defendidos por criminólogos, que se debruçaram sobre tais questões, é essencial. Em que pese a já conhecida problemática de se compatibilizar dogmática e política criminal, desde os estudos de Von Liszt, a evolução histórica de ambas as ciências tem levado ao abandono de posicionamentos puramente teóricos, sendo necessária a incorporação de reflexões político-criminais. Elas não se opõem às categorias dogmáticas e sim as criticam, servindo de ponte para o jurista entre o concreto e o abstrato.⁴⁴⁵

A política criminal serve, dentre outras funções, à definição das finalidades do direito penal, sistematização do controle delitivo e análise das diversas fases do sistema penal, passando pelo procedimento de elaboração legislativa e abrangendo também a interpretação e a aplicação do disposto no ordenamento.⁴⁴⁶ Dessa forma, composta de atividade política e científica, a política criminal possibilita, conforme Ana Elisa Liberatore Bechara, a comunicação entre a ciência e a estrutura social:

Tal abordagem político-criminal permite converter a dogmática em um sistema aberto, em contínuo processo de revisão e aprofundamento, não somente em resposta a alterações legislativas formais, como, antes, em razão das transformações na realidade reconhecidas pelas ciências sociais, em especial a criminologia, analisando-se, inclusive, a conveniência ou não de tipificar determinado comportamento e a extensão de tal tipificação. (BECHARA, 2017, p. 76).

O cientista do direito penal atua a partir de decisões político-criminais do legislador, buscando concretizá-las e detalhá-las. O dogmata auxilia o legislador a realizar seu intento, expandindo suas ideias e visando construir conclusões que expressem a vontade contida no texto legal.⁴⁴⁷

Tem-se que o estudo acadêmico sobre o procedimento legislativo em matéria penal é ainda bastante incipiente no Brasil, sendo essa tese também um incentivo a que pesquisadores da área das ciências criminais se debrucem de forma crítica sobre o emprego de técnicas legislativas problemáticas, sobretudo as que envolvem assessoriedade administrativa. A preocupação dos pesquisadores e operadores do direito não pode iniciar

⁴⁴⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo.** P. 68 a 75.

⁴⁴⁶ Ibidem.

⁴⁴⁷ Ibidem. P. 81.

com a promulgação da lei, com o que se outorga, novamente, a responsabilidade ao Judiciário para a realização do controle difuso e concentrado de constitucionalidade de normas problemáticas.

O Legislativo deve, sim, ser um campo aberto a mudanças e à adoção de novas funções, assumindo a importância dos projetos legislativos e zelando por sua qualidade e por atingir os fins neles propostos antes, durante e depois do início da vigência do texto. Lembrando-se que o direito é, sobretudo em países da *Civil Law*, o que se pode depreender das leis, as quais devem fazer jus ao papel nuclear que exercem no referido sistema.

Por meio da política criminal, busca-se solucionar principalmente as questões referentes ao desvio, no bem jurídico tutelado pela norma, em relação ao constante em sua justificativa e à perda de efetividade da lei penal pela criação de direito simbólico, as quais foram desenvolvidas nos títulos 5 e 7 do Capítulo III dessa pesquisa. A promulgação de número excessivo de leis, as quais possuem, muitas vezes, baixa qualidade, gera textos normativos com pouca efetividade, incapazes de consolidar os fins que os justificaram. Ditas normas carecem de justificativa para permanecerem em vigor, descumprindo, inclusive, com as finalidades da aplicação da pena, sobremaneira no sentido da prevenção geral negativa, pela pouca influência que exercem no comportamento de seus destinatários.

Da mesma forma, a expansão penal desenfreada, com a tipificação de condutas totalmente acessórias, as quais se distanciam do núcleo de proteção da norma, geram a proteção de valor diverso do declarado na justificativa da lei. Passa-se, portanto, a analisar de que forma se pode influenciar tais questões com medidas de política criminal.

2.1. As demandas por processos de descriminalização

Antes de tudo, é essencial salientar que é preciso construir um novo parâmetro de direito penal. O direito penal do risco, das velocidades ou do inimigo já se encontram debatidos – e criticados – à exaustão na doutrina, sendo necessário que se passe a construir um paradigma teórico de redução de incidência penal.⁴⁴⁸ Em que pese não ser esse o escopo desse trabalho, salienta-se que cabe à doutrina pátria iniciar o desenvolvimento de uma ciência do direito penal - e de novas ideias e teorias - que se coadunem com os princípios

⁴⁴⁸ “De todo modo, a única solução político-criminal viável para a crise de legitimidade atualmente vivenciada pelo Direito Penal consiste na da refundação de todo o sistema punitivo, a fim de restabelecer sua eficácia e garantias sob um modelo de Direito Penal mínimo” (BECHARA, 2017, p. 82).

fundamentais dessa matéria, à moda da teoria garantista, de Luigi Ferrajoli. Ainda que, muitas vezes, os estudos atuais sejam voltados a explicar fenômenos da realidade, e não a expor ideologias defendidas pelo próprio jurista que os desenvolve, como no caso do direito penal do risco, tem-se que tudo o que contraria as noções basilares da ciência penal é uma negação do que o direito penal realmente é. Teorias que fundamentam o direito penal expansionista, mesmo que explicadas de forma lógica e sistemática, são, portanto, carentes de legitimidade.

O novo paradigma deve, sim, basear-se na necessidade premente de descriminalizações. Em que pese uma das teses dessa pesquisa ser o empréstimo de maior racionalidade ao processo legislativo, não se pode desenvolver tal ideia sem partir do pressuposto de que é indispensável um prévio movimento descriminalizador, o qual deve reduzir o âmbito de abrangência da lei penal. Legislar menos para legislar melhor.

Em que pese as dissidências doutrinárias a respeito do conceito de descriminalização, adota-se, nesse estudo, o pensamento de Raul Cervini, para quem descriminalizar consiste em excluir, formalmente ou de fato, certas condutas do âmbito do Direito Penal, as quais deixam, por consequência, de ser consideradas delituosas. Seriam três as hipóteses de realização desse procedimento: a) a descriminalização formal, que consiste em outorga de reconhecimento legal e social para o comportamento, como ocorreu em alguns países com a homossexualidade; b) a descriminalização substitutiva, quando as penas são substituídas por sanções de natureza não penal; e c) a descriminalização de fato, que ocorre quando o sistema penal deixa apenas de ser acionado, sem que tenha perdido competência para tal. Permanece, nesse último caso, o caráter de ilícito penal da conduta, do ponto de vista técnico-jurídico, porém apenas sem a aplicação efetiva da pena. Isso pode dar-se em razão da sobrecarga do sistema, de desconhecimento do público, de discricionariedade do juiz ou do acusador, etc.⁴⁴⁹

Conforme Enrique Bacigalupo, as tendências criminalizadoras, do chamado novo direito penal, abrangem diversas áreas, como o meio ambiente, as transações econômicas e as atividades relacionadas ao tráfico⁴⁵⁰, de modo que procedimentos de descriminalização deveriam ser adotados em todas essas searas.

⁴⁴⁹ CERVINI SANCHEZ, Raúl. **Direitos humanos e direito penal: alcance e sentido dos processos de desinstitucionalização**. P. 97-99.

⁴⁵⁰ BACIGALUPO, Enrique. **La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente**. P. 193.

Especificamente no campo do direito penal econômico, mister a referência à Helena Lobo da Costa:

Sem descriminalizar uma série de condutas já reiteradamente apontadas pela doutrina como descabidas, inúteis, desproporcionais ou disfuncionais não é possível atingir qualquer grau de racionalidade no direito penal econômico. E, sem racionalidade, tampouco é possível alcançar alguma efetividade. (COSTA, 2013, p. 123).

No mesmo sentido, Ana Carolina Carlos de Oliveira e Ana Mara França Machado, em artigo sobre o tipo penal de corrupção, ressaltam a relevância de uma política criminal voltada a buscar recursos mais eficientes no combate ao referido crime, os quais se encontram, muitas vezes, fora do âmbito do Direito Penal. Segundo as autoras, as questões sistêmicas inerentes à corrupção não são abrangidas pela sua mera previsão típica, devendo-se conjugar esforços de diferentes áreas para que métodos institucionais preventivos e alternativos sejam delineados:

A corrupção encontra-se em sistemas, na falta de transparência, na fragilidade dos órgãos administrativos, em déficits de democracia. Sua racionalidade é baseada em custos e benefícios, em oportunidades e concentração de poderes e, sendo assim, a prevenção à corrupção deve começar pela avaliação das estruturas de gestão pública, pela consolidação de instituições e, apenas como último recurso, pela criação de novos tipos penais. (OLIVEIRA; MACHADO, 2014, p. 40-41).

Ora, tais propostas nada mais são que a efetivação da *ultima ratio* do direito penal, a qual se encontra em quase todos os manuais a respeito do tema, sem, no entanto, estar amparada na realidade da política legislativa vigente no país. São muitas as condutas que encontram regulação penal antes de qualquer tentativa real de prevenção e repressão por outras searas do direito e das demais ciências sociais, como é o caso das drogas, ferindo de morte a já referida subsidiariedade da lei penal.

Nesse campo, aliás, há diversos autores que trabalham com a necessidade de descriminalização, sobretudo aqueles que se debruçam sobre a criminologia, ciência essa que, dentre outras funções, busca criticar a incidência do direito penal, desvelando, muitas vezes, nas palavras de Teresa Pizarro Beleza, a ligação profunda e estrutural existente entre

o ato de incriminar e a seleção de comportamentos punidos, bem como entre os crimes tipificados e as penas cominadas para cada um deles.⁴⁵¹

No que tange ao Brasil, Vera Maria Guilherme salienta que a abrangência de critérios dispostos na Lei n. 11.343 de 2006 deixa margem para a discrepância de tratamento sofrido pelo acusado em decorrência de sua classe social,⁴⁵² o que é reiteradamente apontado por outros pesquisadores do tema, como Salo de Carvalho, Orlando Zaccone e Sérgio Salomão Shecaira.

Sebastian Scheerer salienta que a perseguição penal mais prejudica que protege a saúde do consumidor, que deixa de ter acesso a informações sobre a qualidade da substância consumida.⁴⁵³ Isso porque a imposição internacional de controle penal, já analisada na segunda parte dessa pesquisa, dificulta não apenas a adoção de políticas adaptadas à realidade de cada país, mas também a real diferenciação entre consumidores e traficantes, tornando o tráfico de drogas uma atividade extremamente lucrativa e um campo bastante propício ao cometimento de outros delitos, sobretudo a lavagem de dinheiro.⁴⁵⁴

No direito penal ambiental, também são muitos os autores, dentro e fora do Brasil, a pugnar pela necessidade de descriminalizações. Juan Bustos Ramírez denuncia a total ineficácia da legislação em vigor, na tarefa de proteger dito bem jurídico, uma vez que essa não abrange os grandes malfeitores, que provocam desastres ambientais extremamente danosos, limitando-se a solucionar poucos conflitos e a neutralizar pessoas e empresas específicas.

A crise na função instrumental do Direito Penal nessa esfera reside exatamente no fato de este ser o meio inadequado para a solução de ditas celeumas, que poderia dar-se pela reparação do dano ou pela prevenção e sustação de atividades danosas, por meio de conciliações. O autor conclui que o que resta é a função meramente simbólica da norma, à moda do que ocorre ao delito de aborto, a qual se mostra ainda mais danosa por encobrir a falta de uma política eficaz, a deficiência das políticas existentes e a falta de vontade de se construir uma solução adequada para o problema.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ BELEZA, Teresa Pizarro. **A moderna criminologia e a aplicação do direito**. P. 61.

⁴⁵² GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?: a descriminalização do tráfico de drogas no Brasil - por uma perspectiva abolicionista**. P. 89.

⁴⁵³ SCHEERER, Sebastian [Hrsg.]. **Drogen und Drogenpolitik: ein Handbuch**. P. 41.

⁴⁵⁴ PALERMO, Pablo Galain. **Existe un nuevo modelo de regulación jurídica del cannabis? Cuestiones abiertas en el sistema jurídico de Uruguay**. P. 59.

⁴⁵⁵ RAMÍREZ, Juan Bustos (Director). **Pena y Estado: función simbólica de la pena**. P. 107 e 108.

O caráter simbólico da proteção penal ambiental também já foi apontado por Helena Lobo da Costa⁴⁵⁶ e Paulo Souza Mendes⁴⁵⁷, em pesquisas específicas sobre o tema no Brasil e em Portugal, respectivamente. Não é outro o pensamento do espanhol Gonzalo Rodriguez Mourullo, que afirma se somarem, hoje, à convicção da necessidade de um delito ecológico, outras duas convicções: a de sua total ineficácia e a de seu desrespeito às garantias essenciais do Direito Penal próprio de um Estado de Direito.⁴⁵⁸

Raul Cervini aponta vários obstáculos sociais e político-criminais à descriminalização, os quais requerem estudo e atenção para que o processo seja bem-sucedido, reduzindo eventuais consequências nocivas e, principalmente, a resistência da sociedade e dos próprios operadores do direito. Ao tema dessa pesquisa, interessam sobretudo os obstáculos dirigidos ao legislador criminal.

O autor aponta, como obstáculos sociais pertinentes ao legislador, a ausência de conexão entre a doutrina penal e os dados empíricos, o que levaria ao conhecimento do juiz e do legislador falsas premissas sobre a imagem e os efeitos sociais do sistema penal, embasando ideias pouco realistas a favor da criação de novos tipos penais. Ainda, a ausência de vinculação da votação à fonte financiadora na lei penal, como existem em outras matérias, afastaria a responsabilidade financeira por novas criminalizações, o que é ainda mais prejudicial se somado à ausência de estudos sobre os reais custos de um sistema penal expandido.⁴⁵⁹

A pressão pública sofrida pelo legislador eleito para resolver problemas sociais ou eventos indesejáveis, sem meios idôneos para tanto, também é uma mola propulsora para o aumento de criminalizações, bem como a capacidade restrita dos meios legislativos para adaptar as disposições legais às mudanças sociais e aos novos conhecimentos sobre o real funcionamento do sistema penal.⁴⁶⁰

Do ponto de vista legal e político criminal, o autor critica o uso de alguns procedimentos legislativos, como o que cria uma “linha de defesa”, criminalizando também condutas acessórias ou próximas a uma principal que se deseja evitar,⁴⁶¹ bem como a própria

⁴⁵⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito.** P. 151.

⁴⁵⁷ SOUZA MENDES, Paulo. **Vale a pena o direito penal do ambiente.** P. 31 e seguintes.

⁴⁵⁸ MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **Limitaciones del derecho penal del medio ambiente.** P. 160.

⁴⁵⁹ No caso brasileiro, vale a pena mencionar que a ausência desse custo se reflete de forma direta na péssima condição dos presídios, os quais se encontram, em sua maioria, superlotados. A vinculação de eventual nova criminalização a uma reforma nessa estrutura levaria, de pronto, à uma desaceleração nesse processo.

⁴⁶⁰ CERVINI SANCHEZ, Raúl. **Os processos de descriminalização.** P. 92 a 106.

⁴⁶¹ Esse procedimento redundante, muitas vezes, no já referido desvio do bem jurídico protegido daquele declarado pela norma.

dificuldade técnica do legislador em operacionalizar descriminalizações em um setor, de forma a retirar parte das condutas da égide do Direito Penal sem, contudo, descriminalizar todo e qualquer comportamento relacionado àquele bem jurídico.⁴⁶² O autor conclui, portanto, que todo o processo de descriminalização apresentará problemas, resistência, e até mesmo efeitos nocivos secundários, o que não pode desestimular sua implementação, que deve ser feita com acompanhamento prévio e posterior.⁴⁶³

É importante que se compreenda que o discurso descriminalizador não empresta uma menor relevância aos bens jurídicos aqui tratados. Conforme Manuel da Costa Andrade, a análise sobre a dignidade penal de um valor não é suficiente para que se decida sobre a pertinência de intervenção penal na efetivação de sua proteção.⁴⁶⁴

Do ponto de vista transistemático, que diz respeito à racionalidade e à legitimação do discurso de criminalização, a carência de tutela penal corresponde à aplicação do princípio da *ultima ratio*, segundo o qual o direito penal só deve incidir quando a proteção dos bens jurídicos não possa ser feita por meios menos gravosos. A tutela criminal, desse modo, deve ser adequada e necessária para a prevenção dos males sociais advindos da conduta delitiva, não podendo gerar efeitos secundários desproporcionalmente prejudiciais.

É preciso, portanto, que se realize um duplo e complementar juízo a respeito da carência de tutela penal: o de necessidade, que diz respeito à ausência de meios alternativos idôneos, e o de idoneidade, que analisa os custos advindos da incidência penal em termos de sacrifício de outros bens jurídicos, sobretudo a liberdade.⁴⁶⁵

Do ponto de vista criminológico, são muitos os motivos que apontam para a necessidade de descriminalização de uma série de condutas, os quais vão muito além das consequências nocivas oriundas da má técnica legislativa. Lolita Aniyar de Castro aponta que é necessária a avaliação dos custos da criminalização frente à descriminalização e, por esses custos, entende-se os individuais e sociais, referente à perda da liberdade, bem como aqueles sofridos pela Administração da Justiça Penal e os decorrentes de riscos próprios dessa esfera, os quais geram efeitos colaterais, a exemplo da corrupção policial. Ainda, há que se considerar, como já referido nesse tópico, a possibilidade de existência de meios

⁴⁶² CERVINI SANCHEZ, Raúl. **Os processos de descriminalização**. P. 106 a 108.

⁴⁶³ *Ibidem*. P. 111.

⁴⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A "**dignidade penal**" e a "**carência de tutela penal**" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. P. 186.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

menos caros e com melhores resultados, uma vez que o processo de criminalização transfere a toda a sociedade a solução de questões que ocorrem, muitas vezes, em âmbito privado.⁴⁶⁶

Como exemplo, salienta uma série de comportamentos que poderiam passar por dito procedimento, como os delitos sem vítimas – a exemplo do uso de drogas -, aqueles perseguidos por ação penal privada, ou ainda os que poderiam ser reduzidos pela modificação de fatores externos, como aqueles relacionados a acidentes por veículos automotores.⁴⁶⁷

No que tange aos danos causados pelas normas penais em branco, é evidente que os processos de descriminalização, sobremaneira nas áreas mais atingidas pelo fenômeno da deslegalização, como o direito de drogas, o ambiental e o econômico, contribuiriam em muito para a redução dos efeitos nocivos apontados na terceira parte da pesquisa. Conforme já se salientou, se o direito penal deve ser *ultima ratio*, ainda mais excepcional deve ser o uso de técnicas legislativas extremamente problemáticas, como as apontadas nessa pesquisa.

O fenômeno da expansão do direito penal e a busca por tutelar, mediante sanção privativa de liberdade, matérias normalmente alheias a essa disciplina – as quais, muitas vezes, já se encontram extensamente reguladas por outras vias, como o direito administrativo – provoca a necessidade de se recorrer a ditas técnicas, como se vislumbra, por exemplo, em grande parte das condutas delitivas relacionadas à economia.

A criação de novos bens jurídicos e o aumento da tutela penal em áreas instáveis, como o meio ambiente, o qual dificilmente se adequa à velocidade de criação e à alteração da norma penal, não deixa outra alternativa que não o recurso reiterado à originariamente excepcional técnica da assessoriedade administrativa. Nesse sentido, para além de todos os motivos já expostos nesse tópico, a realização de ditos procedimentos descriminalizadores e a mudança do paradigma expansionista no que tange ao processo legiferante em matéria penal contribuiriam, sem sombra de dúvida, para a solução dos problemas apontados nesse trabalho.

⁴⁶⁶ ANIYAR DE CASTRO, Lolita. **Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo**. P. 26.

⁴⁶⁷ *Ibidem*. P. 23.

2.2. A necessidade de estudos de impacto e outras mudanças no processo legislativo brasileiro

Ainda em termos de política criminal, para além do parâmetro descriminalizador, mudanças efetivas que tornassem o processo legiferante mais racional e controlado auxiliariam não apenas na contenção da criação exacerbada de tipos penais, mas também na redução de movimentos sociais que demandam novas criminalizações sem, muitas vezes, tomarem a devida consciência dos benefícios e malefícios de ditas medidas. Uma dessas mudanças seria a implantação dos chamados estudos prévios e posteriores de impacto legislativo.

Conforme Carolina Costa Ferreira, o estudo de impacto consiste em um instrumento de avaliação legislativa que pode ser realizado de forma prévia ou posterior à vigência da lei, de forma a apontar os efeitos reais da proposta. Tal instrumento faria parte da chamada Legística ou Legisprudência, que se trata de um ramo da ciência da legislação surgido na Alemanha na década de 70, o qual é voltado ao estudo de métodos e técnicas legislativas que visam a melhorar, do ponto de vista formal e material, a qualidade dos atos legislativos.⁴⁶⁸

Os debates da Legística se refletem, principalmente, em três preocupações, quais sejam: o planejamento e a avaliação do impacto legislativo; a maior possibilidade de compreensão do texto legal, sua redação e organização, bem como a identificação das relações existentes entre ele e o sistema normativo já existente quando de sua entrada em vigor; e, por fim, a redução da quantidade de leis vigentes no sistema e sua ordenação, permitindo uma maior apreensão por parte de seus destinatários.⁴⁶⁹ Almeja-se, portanto, menos leis, porém com mais qualidade em sua formulação, emprestando racionalidade ao processo legiferante.⁴⁷⁰

Tais estudos já são adotados na Europa, particularmente em Portugal, Holanda e Reino Unido, muitas vezes com a finalidade de uniformização de políticas públicas. No Brasil, todavia, ainda não existe um projeto consistente que vise à implantação desse

⁴⁶⁸ SCALCON, Raquel Lima. **Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal.** P. 149-159.

⁴⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa.** P. 78.

⁴⁷⁰ Sobre o tema, dentre outros, “Contribución para una teoría da legislación.”, de Manuel Atienza; **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**, de José Luis Díez Ripollés.

instrumento,⁴⁷¹ em que pese o disposto no Decreto n. 4.176/2002, hoje substituído pelo Decreto n. 9.191/2017, porém voltado apenas aos atos normativos de competência do Poder Executivo Federal.

Conforme Raquel Scalcon, a análise da realização dos fins anteriormente selecionados é essencial, uma vez que o legislador pode simplesmente se equivocar ao avaliar certa medida como adequada e necessária à promoção de um dado objetivo. Além de o estado de coisas perseguido não se realizar, ou dar-se em graus diversos do esperado, pode vir acompanhado de efeitos nocivos colaterais não desejados e não previstos. O legislador é, portanto, responsável, não podendo criar atos de forma contínua sem que esses gerem os efeitos para os quais foram confeccionados.⁴⁷² Além de defraudar expectativas, muitas vezes, sobretudo no caso penal, direitos e liberdades podem estar sendo restritas como uma verdadeira ode ao nada.

Ainda que não se possa adotar um modelo pré-definido para todos os casos e realidades, a autora trabalha com diretrizes da Comissão Europeia para o Estudo de Impacto, as quais apontam a relevância de que a pesquisa busque responder quesitos como: o que é o problema e por que isso é um problema; por que a União Europeia deveria agir; o que deveria ser alcançado; quais são as várias opções para alcançar os objetivos; quais são os impactos econômicos, sociais e ambientais e quem será afetado; como comparar as diferentes opções em termos de efetividade e eficácia (custos e benefícios); como irá monitorar e como será organizada a subsequente avaliação retrospectiva. Diante dessas questões, o relator do Estudo de Impacto deve buscar as respostas, reunindo informações relevantes para a tomada de decisão.⁴⁷³

Em que pese eventuais críticas de que tais estudos burocratizam o sistema legislativo já bastante moroso, a verdade é que a adoção de ditas práticas se insere em um conceito de boa governança, que tende a reduzir ou aperfeiçoar legislações de pouco ou nenhum efeito prático, buscando apontar meios para que os problemas ali discutidos sejam efetivamente resolvidos, ainda que por outras vias. Nesse sentido, o Poder Legislativo poderia trabalhar de forma mais focada em um número menor de projetos que fossem previamente apontados como consistentes e necessários, o que reduziria os custos e também

⁴⁷¹ FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. P. 161.

⁴⁷² SCALCON, Raquel Lima. **Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal**. P. 117 a 122.

⁴⁷³ FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. P. 162 e 163.

a morosidade, bem como os efeitos nocivos aos destinatários da norma, quais sejam, os cidadãos brasileiros.

Além disso, sabe-se que a morosidade de alguns processos de aprovação legal se deve muito mais à discricionariedade e às negociações políticas típicas desses espaços, provocando o alongamento ou o encurtamento de tramitações de acordo com interesses tidos como prioritários pelos Presidentes e Líderes das Casas. Assim, o mais importante é localizar, dentre as fases existentes, o momento mais propício para a inserção dos estudos.⁴⁷⁴

Ademais de alguns meios já existentes, como as audiências públicas, os estudos de impacto poderiam constituir a abertura de um espaço de maior participação da sociedade civil organizada junto aos parlamentares, possibilitando maior aprofundamento de questões sensíveis, como as que possam redundar no aumento da população carcerária brasileira.⁴⁷⁵

Ana Paula Barcellos sustenta a existência, no sistema constitucional brasileiro, de um direito difuso a um devido procedimento na elaboração normativa toda vez que um órgão estatal – Legislativo ou Executivo, por exemplo – proponha-se a elaborar novas normas. Tal procedimento envolveria o dever do proponente da norma de apresentar publicamente as razões pelas quais dita lei deve ser feita e a sua devida fundamentação, de forma a justificar todo o processo. Como proponente se entende não apenas o que apresenta a proposição normativa, mas também o que tem competência para editar, de forma direta, as normas jurídicas.⁴⁷⁶

A justificativa deve conter razões e informações que abranjam necessariamente três pontos: qual o problema que a norma pretende resolver; qual o resultado final esperado; e quais os custos e impactos que se pode antecipar de sua execução. O procedimento pode incluir a participação de interessados e o contraditório sobre os elementos da referida justificativa.⁴⁷⁷

Para a autora, a justificativa da proposição normativa e os demais materiais produzidos ao longo desse procedimento repercutem para a compreensão da norma e a definição de seu conteúdo, devendo, portanto, serem analisados em sede de eventual controle de constitucionalidade da lei promulgada.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ FERREIRA, Carolina Costa. **O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil**. P. 150.

⁴⁷⁵ Idem. **A política criminal no processo legislativo**. P. 179.

⁴⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. P. 74.

⁴⁷⁷ Ibidem.

⁴⁷⁸ Ibidem. P. 76.

Importante salientar que as propostas aqui expostas não esgotam o tema, sendo o estudo e o melhor desenvolvimento do procedimento legislativo brasileiro bastante recomendável para a solução de questões atinentes a problemas de técnica e redação legal, bem como de dificuldades em se compatibilizar as diversas formas de regulação existentes sobre condutas relacionadas ao mesmo bem jurídico, como ocorre nas questões econômicas e ambientais. Em que pese não haver, atualmente, muitos trabalhos sobre o tema no Brasil, aos poucos se pode vislumbrar um interesse crescente da academia sobre tais aspectos, com o desenvolvimento de ideias que, se adotadas, poderão ser utilizadas para solucionar muitos dos problemas apontados na segunda e na terceira parte dessa pesquisa, sobretudo a inflação desmedida na produção de normas penais, as quais, muitas vezes, não possuem requisitos formais e materiais qualitativos para justificar sua prolação e a continuidade de sua vigência.

3. Contribuições em matéria administrativa

Pressupondo a ocorrência de processos de descriminalização e a implementação de alterações no procedimento legislativo vigente – visando a aumentar sua qualidade –, pode-se pensar em outras medidas que, de forma paralela, poderiam contribuir para a solução do problema referente ao uso exacerbado e desregulado de normas penais em branco. Um ramo do direito que pode, nesse sentido, apresentar importantes contribuições, sobretudo na regulamentação dos bens jurídicos debatidos nessa pesquisa, é, sem dúvida, o direito administrativo.

Nesse tópico, serão apresentadas as propostas de solução das questões apontadas sob esse viés, as quais se dariam por meio de implementação de mudanças tanto no campo material, quanto no processual. Importante salientar que a expansão do setor deve ser permeada de cuidados e atenções, evitando-se que ocorra a imposição de sanções graves sem as garantias típicas que incidem em sede penal, o que provocaria o nefasto efeito de redução da aplicabilidade de direitos humanos e fundamentais, invertendo-se a lógica aqui defendida.

Frise-se que o direito administrativo importa, nessa pesquisa, sobretudo no que tange à sua relação com o direito penal, qual seja, em sua vertente sancionadora e no processo que toma forma em ditos procedimentos de imposição de sanções. Não se ignora que o direito administrativo em si, como um todo, é disciplina ampla, dotada de princípios próprios. A presente análise terá, portanto, um recorte estreito, atendo-se às questões que

podem ser modificadas em sede de direito administrativo sancionador de forma a colmatar alguns dos problemas gerados pelo uso excessivo de leis penal em branco, ou seja, o chamado processo de deslegalização.

Nesse tópic, visa-se a solucionar grande parte das questões apontadas no tópic 6, do Capítulo III, dessa pesquisa, que reflete os problemas da pouca definição entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, salientando também as complexidades processuais daí decorrentes.

3.1. A necessidade da construção de um sistema sancionador integrado

De acordo com a corrente adotada por Helena Lobo da Costa,⁴⁷⁹ a qual já foi exposta nessa pesquisa, entende-se que não existe uma diferenciação ontológica ou quantitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. O processo de sancionamento de condutas seria, portanto, uma decorrência de escolhas do Legislador, as quais se norteiam por princípios basilares das ditas ciências, como a *ultima ratio*, a medida de proporcionalidade, etc.

Em pesquisa sobre o tema, não é outra a conclusão de Eduardo Cordero Quinzacara. Para o autor, ambas as formas de sancionamento são instrumentos com os quais conta o Estado em sua função de conformação social, no marco de proteção de bens jurídicos constitucionais. O direito penal e o direito administrativo são, assim, mecanismos repressivos que o ordenamento disponibiliza ao Estado para que ele cumpra a função de promover o bem comum.⁴⁸⁰

Para exercer essa função, primeiramente, deve ser promulgada uma lei, pois a legalidade vige nos dois sistemas. Em um segundo momento, cabe ao legislador determinar se o castigo e a repressão serão impostos por uma autoridade judicial ou administrativa. Essa faculdade seria discricionária, devendo ser ponderada sua eficácia, mérito e oportunidade, tendo em vista o princípio da proporcionalidade e a necessidade de análise judicial sempre que implicar privação de liberdade, ainda que de forma substitutiva. O autor conclui ainda que o direito penal e o direito administrativo não são, de forma alguma, instâncias separadas,

⁴⁷⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração**. P. 566.

⁴⁸⁰ QUINZACARA, Eduardo Cordero. **El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal**. P. 155.

e sim espaços de atuação coordenada em uma política repressiva que o Estado deve implementar no cumprimento dessa função constitucional.⁴⁸¹

Nesse sentido, e pressupondo a realização das descriminalizações expostas no tópico anterior, o passo seguinte na resolução dos problemas apontados, na terceira parte dessa pesquisa, seria uma expansão, ainda que cuidadosa, da tutela de condutas por meio do direito administrativo.

Sabe-se que o direito penal é regido, dentre outros, pelo já referido princípio da *ultima ratio*, o qual se subdivide em duas vertentes, quais sejam, a subsidiariedade e a fragmentariedade. Assim, nota-se que, para que se atinja a finalidade de dita norma, é necessário que o direito penal incida somente após o insucesso na atuação de formas menos danosas de regulação de condutas, limitando-se, ainda, aos bens jurídicos mais caros e às formas de lesão mais expressivas a ditos bens:

A fragmentariedade impõe abandonar a concepção de que o direito penal pode regular setores inteiros. A uma, porque o direito penal não é instrumento regulador e, a duas, porque somente pode ser usado de forma pontual, descontínua, voltado a condutas específicas, que apresentem acentuada reprovabilidade, e quando se revelar apto a atuar de forma eficiente naquele contexto. (COSTA, 2013, p. 128).

Não é, no entanto, o que ocorre na prática. O que se observa é a franca expansão do direito penal em áreas que sequer foram reguladas de forma ideal por outros setores, os quais, aliás, estariam mais apropriados para a função em razão de suas características ínsitas.

No caso dos bens jurídicos de grande mutabilidade, como a economia e o meio ambiente, o fato de muitas normas necessitarem de expressiva complementação é um forte indício de que o direito administrativo estaria mais apto que o direito penal a promover tais sancionamentos, seja porque esse pode ser mais facilmente alterado, seja porque trabalha, em suas sanções, com aspectos mais voltados à reparação do dano que à retribuição do mal causado. Note-se que, se o objetivo é a preservação de bens coletivos, os quais pertencem à sociedade como um todo, é inegável que o maior benefício à coletividade adviria de procedimentos voltados à reparação.

Na seara do direito ambiental, são muitos os indícios que apontam ser o direito administrativo um melhor protagonista que o direito penal dentre os possíveis instrumentos de tutela existentes, afinal, a análise da idoneidade de um dado sistema para intervir vai

⁴⁸¹ QUINZACARA, Eduardo Cordero. **El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal**. P. 156.

muito além da mera discussão a respeito do bem jurídico protegido. No caso, em que pese a inegável relevância do bem jurídico meio ambiente, a pouca aptidão do direito penal para atingir os fins propostos fica, a cada dia, mais evidente. Frise-se, ainda, que o direito administrativo já é, por si, o campo propício no qual ocorrem a maior parte das regulações em matéria ambiental. Assim, ainda que o legislador tenha discricionariedade, sua decisão não pode ser arbitrária, sendo seu espaço de decisão limitado em razão dos diversos indicadores que recomendam o afastamento do direito penal da questão.⁴⁸²

Na regulação da economia, o uso do direito administrativo sancionador de forma primordial, com a atuação subsidiária do direito penal, já é sustentada por grande parte da doutrina pátria. Luciano Anderson de Souza alerta, no entanto, que a mera transferência de tipos poderia apenas mudar o etiquetamento da zona em que incide o arbítrio estatal. As garantias próprias do direito penal, como a legalidade, a proporcionalidade, a culpabilidade, etc., são necessárias para que não se cause dano mais grave à cidadania do que aquele ocasionado por meio da repressão penal.⁴⁸³

Conforme Manuel Gómez Tomillo, o que se propõe é, em resumo, uma penalização do Direito administrativo sancionador, uma vez que o poder punitivo outorgado à Administração vulnera, em certo ponto, a própria divisão de poderes. Uma vez que é uma medida necessária, mas excepcional, deve ser usada de forma restrita, afastando-se o mínimo possível dos princípios gerais de direito penal:

Por último, no debemos olvidar que, en la medida en que se consiga que el Derecho administrativo sancionar obtenga un nivel de garantías y controles satisfactorio, se conseguirá la “devolución” de múltiples ilícitos que, siendo hoy penales, pueden volver a ser administrativos. De esa manera, se conseguirá un Derecho penal que, de forma real, responda a la idea de *ultima ratio*. (GÓMEZ TOMILLO, 2008, p. 54).

Nessa linha, a utilização do direito administrativo contribuiria em larga medida para a boa concretização dos já delineados processos de descriminalização.

Alejandro Nieto, no mesmo sentido, assinala a importância dos princípios penais em sede de direito administrativo sancionador, ainda que em diferentes graus de abrangência. A definição precisa desses graus não parece ter uma regra geral,⁴⁸⁴ devendo ser analisada de acordo com cada princípio e também sendo levada em consideração a regra

⁴⁸² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. P. 207-208.

⁴⁸³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. P. 136.

⁴⁸⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. P. 171.

aplicável e a infração tipificada no caso concreto.⁴⁸⁵ Para o autor, ademais, a incidência do direito administrativo sancionador se difere em muito daquela típica do direito criminal, uma vez que o primeiro, hodiernamente, incide com parâmetros de risco e prevenção, enquanto o direito penal clássico tem por característica principal a atuação de forma repressiva, ou seja, após a ocorrência do dano.⁴⁸⁶

Assim, nota-se que as características do direito penal atual, fruto do movimento expansionista – o qual tipifica delitos de perigo, protege bens jurídicos não individualizáveis e incide de forma preventiva⁴⁸⁷ –, são tipicamente ostentadas por outro ramo do direito, qual seja, o administrativo.

A utilização desse ramo do direito deveria ser feita por meio do alinhamento de eficiência e respeito a garantias individuais, independência de atuação e asseguramento de similitude ao Direito Penal, no que diz respeito à construção de um sistema racional, com a delimitação de uma parte geral própria e uma metodologia de interpretação regrada.⁴⁸⁸

As normas e princípios de direito e processo penal possuem, para além da função de formação analógica e complementária, a obrigação de atuar de forma integradora ao sistema de direito administrativo sancionador em construção, auxiliando a desenvolver uma disciplina jurídica e acadêmica própria e compatível com sua finalidade repressora.⁴⁸⁹

Da mesma forma, como já referido na terceira parte da pesquisa, a disciplina processual administrativa deve ser alterada de forma a tornar-se compatível com os elementos materiais do direito sancionador. Cita-se, sobre o tema, Santiago Mir Puig:

En cuanto manifestaciones del poder sancionador del Estado, el proceso administrativo sancionador y el proceso penal deberán tener similares garantías o, en todo caso, estas deberán ser mayores en el ámbito penal, dada la mayor gravedad de la sanción imponible y las peculiares características del sistema penal. Incluso puede advertirse que las consecuencias de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo estarán en cierta contradicción con la doctrina en clave garantista que viene sosteniendo el Tribunal Constitucional en sentido contrario, esto es, la de aplicar al proceso administrativo sancionador con las debidas modulaciones y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de

⁴⁸⁵ No direito pátrio, ressalte-se trabalho de Luciano Anderson de Souza, em trecho já citado nessa pesquisa, que também busca estabelecer tais critérios: **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**, de Luciano Anderson de Souza, p. 137-149.

⁴⁸⁶ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. P. 171.

⁴⁸⁷ Destaca-se, nesse ponto, que não se está a referir o crescimento dos já citados programas de compliance, que visam a trabalhar a tutela penal de forma preventiva. O que se critica aqui é a existência de tipos penais que antecipam a repressão antes da ocorrência do dano, os quais avultam em sede de direito penal ambiental e econômico.

⁴⁸⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. P. 137-138.

⁴⁸⁹ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. P. 164.

ese procedimiento- los principios inspiradores de Orden penal, tanto en sentido material como procedimental. (MIR PUIG, 2018, p. 446).

No que tange a questões ambientais, Helena Lobo da Costa também salienta a importância de um repensar da questão processual quando se pugna pelo aumento da tutela administrativa:

Nesse contexto, o órgão investigador deve ser distinto do órgão julgador, deve haver um julgador natural, isso é previamente estabelecido e munido de garantias de imparcialidade; ademais, devem estar presentes a publicidade, o respeito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, a motivação das decisões e a recorribilidade. (COSTA, 2010, p. 232).

Ainda no campo econômico, a adoção de práticas de governança corporativa, o chamado *compliance*, pode contribuir em muito para uma regulação de condutas de forma a prevenir eventuais responsabilidades criminais e os danos delas decorrentes.⁴⁹⁰ O direito administrativo pode ser usado, aliás, no incentivo à adoção desses programas anticorrupção, por meio de publicação de listas negras, como já se dá no atinente a questões laborais.⁴⁹¹

Assim, tendo o legislador discricionariedade para eleger qual a melhor forma de regular ditas questões, propõe-se a expansão do setor administrativo no controle de condutas, evitando-se também a sobreposição de regras sancionatórias, as quais configuram, segundo recente jurisprudência de Cortes Internacionais, inegável *bis in idem*.⁴⁹² Esse também é o posicionamento de Manuel Gómez Tomillo:

Desde la óptica del Derecho administrativo sancionador, entiendo que tal principio debe ser concebido como la prohibición de que la Administración sancione un hecho que sea constitutivo de delito o ya sido sancionado como infracción administrativa, definición que, como veremos, puede tener relevancia en las hipótesis patológicas en las que la Administración incumple tal prohibición. (GÓMEZ TOMILLO, 2008, p. 167).

O que se propõe é o que Helena Lobo da Costa chama política sancionadora integrada, a qual pressupõe a confecção de uma legislação coerente, que cubra as condutas lesivas de forma proporcional e complementar, sem dupla incidência de normas

⁴⁹⁰ Nesse sentido: “Reduzir sanções das empresas que tenham adotado programas sérios e eficientes de compliance e usam códigos de conduta e de ética, bem implementados e fiscalizados, pode ser uma acertada medida estatal no sentido de estimular a adoção de normas de controle interno.” (COSTA, 2013, p. 127).

⁴⁹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico - É legítimo? É necessário?**. P. 53.

⁴⁹² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. P. 193.

sancionatórias – no caso, penal e administrativa – ou lacunas e espaços de desregulação. Dessa forma, também se evitariam as constantes necessidades de reenvio normativo. O enorme emaranhado de regras, aliás, resulta, muitas vezes, por desconhecimento do destinatário e até do intérprete, em baixa efetividade, caracterizando, muitas vezes, direito simbólico, o qual funciona como mero instrumento de marketing político.

Sob o ponto de vista da racionalidade no processo legiferante, é, no mínimo, recomendável que se comece a pensar na construção de um sistema sancionador integrado. A existência de punições penais absolutamente desvinculadas daquelas previstas no direito administrativo gera muitas das consequências apontadas na terceira parte da pesquisa, bem como auxilia na inflação de tipos penais que demandam de constante e excessiva complementação.

3.2. As possibilidades de modelos híbridos existentes no direito comparado

A expansão de outras formas regulatórias ou mesmo de sistemas híbridos encontra muitos exemplos no direito comparado, seja do ponto de vista doutrinário, como o direito de intervenção de Hassemer, seja do ponto de vista legislativo, com os sistemas de mera ordenação social ou *Ordnungswidrigkeit* vigentes, respectivamente, em Portugal e na Alemanha. O estudo da viabilidade de implantação de sistemas semelhantes no Brasil poderia auxiliar, em um segundo momento, após a ocorrência dos devidos processos de descriminalização, na manutenção de algumas condutas sob a tutela de uma outra espécie de direito público sancionatório, desonerando o direito penal. Passa-se, portanto, a analisar as hipóteses citadas.

O Direito de Intervenção consiste em um modelo desenvolvido pelo penalista alemão Winfried Hassemer que traria soluções mais efetivas e menos danosas a problemas atuais e futuros.⁴⁹³ Suas características são: a) aptidão para a solução de problemas antes da ocorrência de danos (capacidade preventiva); b) prevenção de meios de controle e fiscalização e não apenas de intervenção; c) cooperação com outros âmbitos de competência, como com o direito administrativo, o direito de contravenções, etc.; e d) disposição de um ordenamento processual com garantias adequadas às suas possibilidades operacionais.⁴⁹⁴

⁴⁹³ HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. P. 84.

⁴⁹⁴ Idem. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. P. 18.

Tal direito disporia também de meios de sancionamento, porém os mesmos atuariam prioritariamente de forma preventiva, e não repressiva. O objetivo do sistema não seria substituir o direito penal, e sim desobrigá-lo de tarefas que ele não pode – e não deve – cumprir. O direito de intervenção teria como mote, então, a racionalização da punição, principalmente no que tange às infrações cometidas contra bens jurídicos ditos modernos, a exemplo do tráfico de drogas.⁴⁹⁵

No que tange ao regime de contra-ordenações, mesmo que o estudo de tal sistema não seja o cerne dessa pesquisa, um aprofundamento na questão se faz, nesse momento, relevante. A origem desse sistema remete aos estudos de James Goldschmidt, no início do século XX, sobre o chamado direito penal administrativo, o qual seria uma segunda via do direito penal, destinada a tutelar questões relativas ao bem-estar social ou público, cuja promoção deveria ser feita pela Administração.⁴⁹⁶

Para Tiago Lopes de Azevedo, pode-se definir o direito contra-ordenacional como um ramo do direito público sancionatório, que visa a tutelar valores sociais não fundamentais para a comunidade, punindo condutas ilícitas e censuráveis que colidem com tais valores, as quais devem ter sido realizadas com culpa, de forma a gerar responsabilidade subjetiva. Tal direito impõe sanções principais, na forma de multas, e acessórias⁴⁹⁷ e seu surgimento, em Portugal, deu-se em contexto muito semelhante ao vivenciado, hoje, no Brasil:

O direito contra ordenacional, especialmente em Portugal, surgiu com a finalidade de racionalizar a aplicação de *ultima ratio* do direito criminal. Verificava-se uma “hipercriminalização”. Por um lado, comprovou-se que o direito penal não podia abraçar todas as áreas que careciam de um direito sancionatório, designadamente, no que concerne ao ambiente, à economia ou ao direito dos consumidores. (...) Por outro lado, verificou-se que o elemento essencial de aplicação do direito penal – a aplicação em *ultima ratio* – estava colocado em causa. O direito penal não podia continuar a crescer desmesuradamente, sob pena de se tornar banal. (AZEVEDO, 2011, p. 70).

No mesmo sentido dispõe Jorge de Figueiredo Dias, explicitando que a sedução do legislador por abarcar sob o manto da repressão penal os mais diversos fins de política social deu vazão ao fenômeno da hipercriminalização, gerando um vultoso número de leis penais extravagantes de caráter administrativo e conteúdo econômico-social, as quais passaram a

⁴⁹⁵ HASSEMER, Winfried. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. P. 18.

⁴⁹⁶ LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz. **Sobre o conceito de contra-ordenação**. P. 29-30.

⁴⁹⁷ AZEVEDO, Tiago Lopes de. **Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas**. P. 66.

apresentar problemas tanto em sede de política criminal, quanto de dogmática. A primeira reação a esse fenômeno deu-se, então, na Alemanha, com a criação, no período pós-guerra, da figura da *Ordnungswidrigkeit*, em legislações de 1949 e 1952.⁴⁹⁸

Segundo o autor, tais leis tiveram como objetivo a retirada do âmbito penal de um grande número de condutas sem qualquer relevância ética, bem como o resguardo do conteúdo ético das sanções penais para condutas também eticamente relevantes, distinguindo-as daquelas que deveriam ser punidas somente por advertências ou coimas. Por fim, buscaram revestir o processamento dessas sanções de especificidades que permitissem sua aplicação por autoridades administrativas, as quais já se encontravam encarregadas do controle e da fiscalização das atividades, nas quais as condutas a serem punidas ocorriam de forma mais recorrente. A liberação do Judiciário do trato primeiro dessas questões, uma vez que cabe a essa instituição a análise apenas em sede recursal, foi um dos principais motes na criação do regime.⁴⁹⁹

A criação dos ilícitos de mera ordenação social estaria, então, ligada ao movimento de descriminalização de forma autêntica, uma vez que se seguiu a algumas conclusões que tomaram forma naquele contexto. A primeira delas é a de que não devem constituir crimes todas as condutas que violem bens jurídicos não individualizáveis, ainda que sejam pecaminosas ou nocivas social e politicamente. Ainda, mesmo condutas que violem bens jurídicos não devem constituir crimes se puderem ser suficientemente controladas por meios não criminais, de forma a consagrar a *ultima ratio*.⁵⁰⁰

Por fim, há diversas espécies de bens jurídicos, uns ligados a valores constitucionais de livre desenvolvimento do homem como tal, e outros mais ligados a questões de direitos sociais e organização econômica, os quais se relacionam com a personalidade do homem como fenômeno social, em comunidade. Esses, pertencentes ao chamado direito penal secundário, já não deverão ser abrangidos por essa forma de tutela, dada sua neutralidade ético-social, podendo ser contrariados de forma ordenativa, com sanções exclusivamente pecuniárias, dando origem, então, à ideia de mera ordenação social. Para o autor, ademais, o próximo passo desse processo seria a transformação paulatina das contravenções em contra-ordenações.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social**. P. 320.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ *Ibidem*. P. 321.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

Para Tiago Lopes de Azevedo, o direito contra ordenacional, ademais, não tem natureza penal nem administrativa,⁵⁰² constituindo um ramo do direito público sancionatório, o qual é aplicado, em um primeiro momento, por autoridades administrativas, e sujeita-se, posteriormente, à impugnação em esfera judicial. Tal direito passou a expandir as infrações para novos interesses sociais, como os fiscais e os ecológicos. Ele se socorre dos princípios do direito penal não por ser próximo ao mesmo, mas pela sua natureza pública e sancionatória. Assim, não é aplicável ao ramo a presunção de legalidade típica do direito administrativo, e sim o princípio de culpa, da presunção de inocência e a norma *in dubio pro reo*.⁵⁰³

No mesmo sentido dispõe Jorge de Figueiredo Dias, salientando a importância de que a descriminalização operada pelo instituto não represente um encurtamento de garantias. Assim, aplicáveis são diversas normas penais ao regime contra ordenacional, como a legalidade, a aplicação da lei mais favorável, a proibição de analogia *in malam partem* e as exigências de tipicidade determinada.⁵⁰⁴

José Lobo Moutinho reconhece a proximidade substancial e material do direito de contra ordenações do direito penal, salientando, no entanto, que a competência administrativa para o deslinde das questões constitui o ponto nevrálgico a apontar que a expansão de tal direito operou verdadeiro processo de descriminalização.⁵⁰⁵

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também já se manifestou sobre a questão, entendendo que o conceito de “matéria penal” é autônomo, definindo critérios que servem à análise de cada infração, os quais buscam enquadrá-la ou não na categoria. Tais critérios seriam: a) a qualificação atribuída pelo Estado à infração em debate; b) a própria natureza da infração; e c) o grau de severidade que pode ser imposta ao agente pela sanção.⁵⁰⁶

Como já se salientou ao longo dessa pesquisa, não se acredita, na esteira do pensamento de Helena Lobo da Costa, em uma diferença ontológica da infração em si, sendo sua classificação como crime, infração administrativa ou contra ordenação, da mesma forma, uma escolha do Legislador. No entanto, é importante que se assumam a característica

⁵⁰² Há autores, no entanto, que consideram ser o direito contra ordenacional uma parte do direito penal em sentido amplo, aproximando-o do chamado direito penal secundário, sobremaneira em razão dos bens jurídicos que visa a tutelar. Nesse sentido: **O direito de mera ordenação social: entre a ideia de “recorrência” e de “erosão” do Direito Penal Cássico**, de Alexandra Vilela, p. 252-305.

⁵⁰³ AZEVEDO, Tiago Lopes de. **Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas**. P. 74-77 e 270-278.

⁵⁰⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social**. P. 330.

⁵⁰⁵ MOUTINHO, José Lobo. **Direito das Contra-ordenações: ensinar e investigar**. P. 42.

⁵⁰⁶ BRANDÃO, Nuno. **Crimes e contra-ordenações: da cisão a convergência material**. P. 240.

sancionatória do sistema, uma vez que isso implicará a extensão de garantias penais àqueles que a ele serão submetidos.

Por fim, o uso de ditas medidas que promovem o alargamento de vertente sancionadora deve ser feito com cuidado, evitando a ocorrência de expansão de tutela Estatal punitiva para áreas que anteriormente permaneciam, vide sua pouca importância, fora do âmbito dessa espécie de regulação. Tal fenômeno pode ser vislumbrado no Brasil por meio da Lei de Contravenções Penais, n. 3688/1941, e, mais recentemente, pela Lei dos Juizados Especiais, n. 9.099/1995, e pela Lei de Medidas cautelares alternativas, n. 12.403/2011. O uso de um sistema sancionador híbrido, que não estipule penas privativas de liberdade, deve incidir também na forma de descriminalização de condutas previstas na legislação penal, principalmente no âmbito econômico e ambiental, e não pela inclusão em lei sancionatória de condutas anteriormente tuteladas apenas pelo direito civil.

4. Contribuições em matéria de dogmática penal

Por fim, tendo-se em vista as contribuições apresentadas em sede de política criminal, criminologia, procedimento legislativo e direito administrativo, esse último principalmente sob o viés de sua vertente sancionadora, passa-se a analisar de que forma o direito penal, sobretudo do ponto de vista dogmático, pode oferecer respostas ao problema da deslegalização.

Novamente, a presente pesquisa pressupõe a impossibilidade de se solucionar com base em uma única disciplina as questões atinentes a um problema demasiado complexo, como o tratado nessas páginas. Assim, é importante que as propostas possam ser pensadas de forma global e interligada, visando, em um primeiro momento, a reduzir, e, logo, a qualificar o uso das normas penais em branco no ordenamento jurídico pátrio.

O que se pretende nesse tópico é desenvolver limitações para a aplicação de normas em branco, uma vez que sua confecção, hoje, no Brasil, ocorre sem qualquer critério que permita, posteriormente, o controle de sua legitimidade e constitucionalidade. O objetivo é criar elementos que facilitem a análise sobre a qualidade da norma e sobre o fato dela ser ou não conforme ao direito, do ponto de vista do ordenamento como um todo.

Para tanto, além de pesquisas doutrinárias desenvolvidas nacional e internacionalmente, muitas das quais questionam a constitucionalidade de algumas normas

penais em branco, será utilizada a jurisprudência de tribunais estrangeiros que já se posicionaram de forma direta e expressa sobre a questão. Frise-se que os critérios delineados nessa pesquisa não são, de forma alguma, exaustivos, remanescendo o espaço aberto para o debate doutrinário, que pode gerar novas contribuições e acréscimos ao fruto da reflexão ora exposta.

Nesse tópico, por meio da dogmática penal, pretende-se solucionar as questões apontadas nos títulos 2, 3, 4 do Capítulo III dessa pesquisa, quais sejam: os danos referentes ao princípio da legalidade, seja pela ausência de taxatividade da norma, seja pelo desvio de competência em sua criação, bem como a ocorrência indiscriminada de erro de proibição, pelo não conhecimento do real conteúdo da norma por seus destinatários.

4.1. Os critérios dogmáticos possíveis em matéria de lei penal em branco

O que se propõe nesse tópico é a definição de critérios dogmáticos que permitam um maior controle sobre a aplicação de normas penais em branco e outras formas de assessoriedade. Ainda que sejam bastante problemáticas, depreende-se dessa pesquisa que não é possível, nesse momento, abrir mão de ditas técnicas legislativas em algumas searas. No entanto, elas devem ser usadas de modo bastante excepcional, conforme o que defende grande parte da doutrina.

Para que o uso das referidas normas possa ser reduzido e também regulado, faz-se necessária a definição de critérios que estabeleçam limitações, de forma que se possa controlar a legitimidade de ditas leis. Assim, a norma em branco, que não obedecer a tais ditames, pode ser considerada ilegítima, uma vez que é incompatível com a ciência do direito penal como um todo, seja do ponto de vista legislativo, sobretudo constitucional, seja sob o viés doutrinário, uma vez que se encontrarão definidos os pontos nucleares para a realização dessa análise.

Frise-se, novamente, que os mandamentos aqui estabelecidos não excluem o acréscimo de outros que forem também julgados pertinentes pelos estudiosos da matéria. Por conseguinte, apresenta-se, nesse momento, ditos critérios, com base em doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, bem como nas conclusões auferidas pela pesquisadora ao longo dos anos analisando as normas penais em branco e as demais formas de assessoriedade administrativa em matéria penal.

4.1.1. A proibição de remissão de elementos centrais

Como primeiro critério dogmático, é essencial que se delimite quais partes da norma penal em branco podem ser delegadas para a esfera administrativa de regulação. Importante salientar que esse critério influencia todos os demais, sendo o mais relevante e também o de mais difícil construção, exigindo análise casuística e uso de interpretação. A título de exemplo, a delimitação da graduação dos órgãos competentes para fazer a complementação depende, por conseguinte, de quais elementos do tipo penal serão por eles definidos, sob pena de deslegalização, com transferência para o Poder Executivo de regulação de matéria de competência privativa do legislador.

Não há, no Brasil, até o momento, uma solução consolidada a respeito do tema. Ademais, para além da discussão doutrinária, é preciso que haja manifestações judiciais, em sede de controle difuso, ou, idealmente, um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, de modo a viabilizar o controle de constitucionalidade sobre dita técnica, conforme o ocorrido em diversos países, como Espanha e Alemanha.

Frise-se que esse critério visa a solucionar principalmente questões atinentes aos danos causados ao princípio da legalidade em duas de suas vertentes, quais sejam, a da taxatividade e a da competência para legislar em matéria penal. Aqui, debate-se propriamente o título dessa pesquisa, que é o risco de ocorrência de deslegalização, pela determinação, por meio de atos regulamentares inferiores à lei, de elementos centrais de um tipo, os quais devem, pela legalidade, ser confeccionados unicamente pelo Poder Legislativo, conforme expressa disposição constitucional. Contudo, frise-se, o presente critério é aplicável também às normas em branco complementadas por atos de mesma hierarquia, de forma a preservar a legalidade em sua vertente de taxatividade.

Conforme Antonio Doval Pais, são muitos os entendimentos existentes a respeito da legitimidade constitucional das chamadas normas incompletas. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, na já citada decisão n. 127, o fato típico deve encontrar-se descrito de forma suficiente na lei, para que se satisfaça a exigência de certeza, decorrente da legalidade.⁵⁰⁷

Para os julgadores espanhóis, ademais, a lei penal em branco deve obedecer a requisitos de estrutura, finalidade e formulação. Quanto à estrutura, não se pode, de forma

⁵⁰⁷ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco.** P. 158.

nenhuma, reenviar a determinação da pena, que deve estar contida na lei penal. Sobre a finalidade, o bem jurídico protegido deve justificar a necessidade do uso da técnica legislativa em branco. Em terceiro lugar, é necessário que o reenvio seja expreso e que o núcleo essencial da proibição esteja na lei⁵⁰⁸, para que o tipo não perca sua função primordial de garantia:

Lo esencial para el Tribunal es, a mi modo de ver, que la ley penal establezca una prohibición concreta y suficientemente precisa, para lo cual exige que como mínimo la ley penal fije el núcleo esencial de la prohibición. En efecto, aun cuando esta última propuesta de determinación del núcleo esencial ha sido la que mayor difusión y predicamento ha alcanzado en la doctrina, debe observarse que va acompañada de aquella que requiere la satisfacción de la exigencia de certeza o, en definitiva, la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada desde el propio texto de la ley penal. No se trata, pues, de que la ley penal contenga en su seno referencias que se puedan hacer corresponder con alusiones a elementos formales esenciales de la prohibición, sino que posea un contenido que materialmente permita conocer qué es lo que se encuentra prohibido (o es obligado). (DOVAL PAIS, 1999, p. 162).

A certeza sobre a conduta punível deve, portanto, permanecer sob reserva de lei.⁵⁰⁹ É preciso que o cidadão comum compreenda o que está proibido por meio do conhecimento do texto legal em si, sob o qual recai seu dever geral de informação. Este texto deve, conforme se salientará nos próximos critérios, fazer referência expressa à necessidade de que se busque o regulamento que o especifica, de forma a possibilitar a compreensão total da conduta punida.

A definição precisa de dito critério se dificulta pelos próprios limites da linguagem e suas significações, sendo necessário o uso de interpretação. Uma forma de torná-lo mais palpável é pelo uso das teorias da ação penal e dos conceitos dogmáticos de tipo objetivo e subjetivo, de forma a delimitar o que de fato é preciso para a descrição de uma conduta punível.

Em primeiro lugar, não pode a norma complementadora, como já referido, em nenhuma hipótese, delimitar a pena a ser imposta. Em um segundo momento, faz-se uso da definição de Roxin, segundo o qual faz parte da estrutura e do conteúdo do tipo objetivo a

⁵⁰⁸ No mesmo sentido: “Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad”, de Sandra Eugenia Zúñiga Morales, p. 171; “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, de Esteban Mestre Delgado, p. 526; **Protección penal del ambiente y accessoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita**, Norberto J. de Mata Barranco, p. 84.

⁵⁰⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal**. P. 84.

menção ao sujeito ativo, à ação típica e, em regra geral, ao resultado apenado,⁵¹⁰ nos casos em que esse fizer parte dos elementos do crime. Para a boa descrição da ação, deve, portanto, o verbo núcleo estar contido na lei penal. Por fim, ela também deve deixar claro o elemento subjetivo do tipo, não podendo o ato regulador abranger hipótese culposa não prevista na lei.

Enrique Cury, na solução dessa mesma questão, estabelece algumas premissas que também podem ser consideradas: a) não integram a descrição da conduta o que não forma parte do tipo, como condições objetivas de punibilidade, escusas legais absolutórias e obstáculos processuais; b) as circunstâncias em que a ação ou omissão deve ser realizada também não pertencem ao tipo, pois a ação se compreende e realiza independente delas.⁵¹¹

No que tange às modalidades de ação ou omissão, cabe uma ponderação do autor: a lei deve descrevê-las de maneira que, por si mesma, possa cumprir as funções de garantia decorrentes do princípio da legalidade e informar a natureza do bem jurídico que o tipo, quando completo, se destina a proteger. Essa análise pode ser realizada com um simples exercício, que corresponde a buscar compreender tais aspectos da conduta sem recorrer à norma complementadora.⁵¹²

No que tange ao resultado, o autor entende que poderia ser delegado, com a ressalva que, se o tipo penal o exige para a ocorrência do delito, não pode a norma complementar torná-lo inexigível, aumentando o âmbito de punição. Por fim, devem também estar abrangidos pela lei os elementos subjetivos do tipo, incluídos aqui os fins especiais de agir.⁵¹³

Em resumo, por núcleo essencial da proibição depende-se a exigência de que a lei contenha os elementos necessários para que, por meio de sua redação, já se possa saber o que está proibido.⁵¹⁴ Não cabe a confecção de norma meramente tautológica, como o já citado artigo 34, da Lei 9.605,⁵¹⁵ o qual descreve a necessidade de obediência a regramento administrativo de proibição. Inviável, também, o tipo aberto do artigo 4º, da Lei n. 7492,⁵¹⁶ que deixa de descrever minimamente o que pode ser considerado “fraudulento” ou “temerário” para a aplicação da lei.

⁵¹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoria del delito.**

⁵¹¹ CURY URZÚA, Enrique. **La ley penal blanco.** P. 68 a 83.

⁵¹² Ibidem.

⁵¹³ Ibidem.

⁵¹⁴ No mesmo sentido: ibidem, p. 64 e 65.

⁵¹⁵ Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente.

⁵¹⁶ Gerir fraudulentamente instituição financeira. Parágrafo único. Se a gestão é temerária

Novamente, frise-se que a regulação extrapenal deve apenas especificar, de forma restritiva, algum detalhamento a respeito do tipo penal. Como explicita Enrique Cury, as normas complementares geralmente descrevem o que deve ser feito e não se atentam a tipificar o comportamento que não deve ser realizado, sendo esse mais um motivo para evitar um reenvio demasiado abrangente.⁵¹⁷ Cite-se, como exemplo de uma norma que atenderia ao presente critério, a disposta no artigo 178 da Lei de Falências,⁵¹⁸ que deixa de regular apenas quais seriam os documentos obrigatórios, trazendo todos os demais elementos indispensáveis à compreensão da conduta. Nesse caso, caberia ainda a menção, no referido artigo, do ato normativo no qual estão enumerados ditos documentos, conforme se apontará nesse capítulo. Note-se que assim seriam considerados muitos dos tipos presentes na legislação brasileira que fazem uso de assessoriedade: parcialmente aptos, necessitando de reformas para sua melhor aplicação.

Essa obrigação de precisão abrange também a proibição de que a disposição extrapenal amplie o tipo por meio da inclusão de condutas não previstas na lei em si, atendendo a ambas as exigências da legalidade, quais sejam, a manutenção da competência do legislador para delimitar crimes e a taxatividade da descrição legal típica, o que garante sua ciência pelo destinatário antes de imposição de pena. O preceito legal deve descrever o tipo de forma suficiente, permitindo o juízo sobre sua extensão e configurando uma conduta concreta, que cause lesão ao bem jurídico tutelado. A norma administrativa não pode, portanto, castigar penalmente infrações não previstas no texto da lei, o que se trataria de uma reforma do texto legal por meio do regulamento administrativo.⁵¹⁹

Klaus Tiedemann, citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, afirma:

La jurisprudencia del BVerfG y del BGH exige, por lo que concierne a esa suerte de remisiones a disposiciones administrativas, que la prohibición penal tiene que ser ya previsible a partir de la ley, de modo que únicamente las cuestiones de detalle (Spezifizierung) pueden ser dejadas en manos del titular del poder reglamentario. (TIEDEMANN, 2002, p. 76).

⁵¹⁷CURY URZÚA, Enrique. **La ley penal blanco**. P. 69.

⁵¹⁸ Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

⁵¹⁹ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco**. P. 162.

Na mesma linha, o Tribunal constitucional português utiliza, para medir a constitucionalidade do instituto, a função exercida pelas normas complementares, se estas seriam inovadoras ou meramente concretizadoras do que está disposto na lei em branco. Por esse raciocínio, exposto nos acórdãos n. 427 de 1995 e 534 de 1998 da referida Corte, a norma regulamentar não poderia estabelecer um critério autônomo de ilicitude, limitando-se a realizar especificações técnicas.⁵²⁰

Não foi outro o entendimento do Tribunal Constitucional chileno:

Es así que, de acuerdo a lo que ha acontecido en el conocimiento de esta materia, para que una ley penal en blanco propia no sea objeto de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tendrá que poseer las siguientes cualidades: a) Que la norma legal cuente con el núcleo central de la conducta punible; b) Que en el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino; y c) Que el precepto infralegal complementaria tenga cierta calidad que satisfaga la exigencia de constitucionalidad. (DELGADO LARA, 2018, p. 280).

Na legislação penal econômica peruana, por sua vez, a regra é o uso das remissões administrativas para restringir, e não para ampliar as possibilidades de incidência da norma punitiva.⁵²¹ Dessa forma, a norma administrativa deve auxiliar na interpretação do tipo penal já contido na lei, delimitando seu campo de abrangência sempre de forma restritiva.⁵²²

Importante salientar, ademais, que a remissão deve ser delimitada, em sua redação e interpretação, no sentido semântico estabelecido pelo legislador, visando a adimplir com a justificativa legal e a tutelar o bem jurídico anunciado pela lei penal,⁵²³ de forma que se mantenha a política criminal pensada pelo membro do Poder Legislativo, sendo ele o responsável por sua definição.

4.1.2. O problema das remissões dinâmicas

Dentre as diversas classificações e tipos de normas penais em branco existentes, muitas das quais foram referidas na primeira parte dessa pesquisa, é essencial que se retome, para esta análise, a diferenciação entre dois tipos de remissões: as estáticas e as dinâmicas.

⁵²⁰ BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **O regime legal do erro e as normas penais em branco: ubi lex distinguit**. P. 36 e seguintes.

⁵²¹ ABANTO VASQUEZ, Manuel A. **El principio de certeza en las leyes penales en blanco: especial referencia a los delitos económicos**. P. 33.

⁵²² No mesmo sentido: **La ley penal blanco**, de Enrique Cury Urzúa, p. 93.

⁵²³ É o que Enrique Cury chama subordinação material (CURY URZÚA, 1988, p. 94 e 95).

As remissões estáticas se dão quando a norma penal em branco se limita a fazer referência a um regramento já existente no momento de sua promulgação, e que passa a ser um complemento fixo. Já as remissões dinâmicas se dão pela referência ao estado presente de um regulamento e suas futuras alterações, ficando o conteúdo da norma penal sujeito a tais variações.⁵²⁴ Muitas vezes, no caso de remissões dinâmicas, a lei se resume a mencionar uma expressão genérica, como “regras técnicas”.⁵²⁵

Há distintos posicionamentos doutrinários sobre a admissão ou não das referidas remissões dinâmicas. Bernd Schünemann é bastante incisivo quando recomenda a proibição dessa forma de remissão, que vulnera a certeza do texto, contrariando mandamentos constitucionais.⁵²⁶ No mesmo sentido é o posicionamento de Klaus Tiedemann, que afirma que as remissões abertas para o futuro são particularmente questionáveis do ponto de vista constitucional.⁵²⁷ Depreende-se que, para os autores, a derrogação do complemento deveria levar, necessariamente, à adequação da norma penal a essa nova remissão.

Já Antonio Doval Pais acredita que as remissões estáticas satisfariam apenas medidas de economia legislativa, não sendo suficientes para adimplir com as necessidades que levam a uma formulação penal em branco.⁵²⁸ Marion Bach, no mesmo sentido, acredita que as remissões estáticas impossibilitam justamente a maior flexibilidade da norma penal e sua rápida adequação à realidade, implicando a perda de razão de ser do instituto das normas penais em branco. Para a autora, ademais, referidas remissões deveriam ser extirpadas do sistema, uma vez que podem ser substituídas pela expressa previsão no texto da própria lei das ditas regras técnicas já existentes.⁵²⁹

Não é outro o pensamento de Enrique Cury:

Pero es obvio que si se acepta la limitación discutida, esa flexibilidad se pierde y la ley en blanco es despojada de toda justificación. Por eso, en mi opinión, son precisamente los reenvíos dinámicos los que en ciertas

⁵²⁴ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P. 169.

⁵²⁵ SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. P. 46.

⁵²⁶ “Por tanto, la concepción de las reglas técnicas como objeto de una remisión dinámica del legislador no es compatible con las decisiones jurídico-constitucionales básicas ni con nuestra comprensión de la esencia del Derecho; y ello ni en el contexto específico de las regulaciones técnicas concretas ni en el contexto general de las máximas establecidas de comportamiento de la «comunidad de los técnicos». (SCHÜNEMANN, 1994, p. 320).

⁵²⁷ TIEDEMANN, Klaus. **La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas**. P. 76; TIEDEMANN, Klaus. **Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten**. P. 108.

⁵²⁸ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco**. P. 121.

⁵²⁹ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P. 171.

circunstancias, solucionan los problemas técnicos que aconsejan dictar una ley en blanco y la legitiman. Los estáticos, en cambio, solo son aceptables en casos muy especiales, si es que en alguno. (CURY ÚRZUA, 1988, p. 99).

A decisão dessa questão é necessária, aliás, pois pode pôr termo a outra discussão, consistente na retroatividade ou não do complemento da norma penal em branco. Sabe-se que a norma de natureza penal não retroage em prejuízo do acusado, mas o faz em seu benefício. Se permitidas as remissões dinâmicas, a mudança do complemento geraria questionamentos também nesse sentido, sobre sua possível retroatividade em benefício dos acusados, uma vez que a disposição legal permaneceria inalterada.⁵³⁰ Sendo necessária a alteração da lei em consequência da modificação regulamentar, essa celeuma também estaria resolvida, uma vez que seria inegável a retroatividade *in bonam partem*.

A posição adotada nessa pesquisa é, em um primeiro momento, na esteira do pensamento alemão, pela mitigação de remissões dinâmicas, visando a solucionar não só a vulnerabilidade do princípio da legalidade - pela ausência de certeza no tipo, que passa a oscilar em suas especificidades com a variação da regra administrativa -. Visa também a afastar a possibilidade de erro de proibição, esse se dá pela dificuldade dos destinatários da norma em conhecer o complemento em contínuo processo de alteração, sobremaneira quando é revogado e substituído por outro de numeração distinta e que não é, em nenhum momento, referido na lei penal.

Por certo que, como todas as propostas, essa também tem pontos negativos, uma vez que dificulta a adaptabilidade da norma penal aos bens jurídicos em constante processo de mutação. Contudo, discorda-se do posicionamento de que as remissões estáticas seriam desnecessárias, uma vez que o órgão competente para proferir normas técnicas não é o mesmo que deve confeccionar a lei penal, o que, de pronto, já volta a justificar o uso da norma penal em branco nessa situação. Ademais, julga-se que os prejuízos causados pela

⁵³⁰ Em artigo sobre o tema, Raul Baldomino Díaz expõe as diversas teorias existentes nos dois sentidos, concluindo que deve haver uma avaliação caso a caso, levando-se em consideração a abrangência da mudança efetuada no regulamento: “ En mi opinión, para que una modificación en la norma reglamentaria tenga efecto retroactivo como ley penal más benigna, es preciso que altere significativamente una institución penalmente protegida, dejándola sin efecto ni protección jurídico-penal, o, al menos, que signifique una disminución efectiva, obligatoria, y no meramente facultativa, del marco penal. Obviamente, debe existir un límite, pues no cualquier modificación de la norma complementaria va a significar una modificación de la valoración jurídica de la conducta, que permita ser considerada como modificadora del tipo penal. Así, si varía el grado alcohólico en los parámetros del manejo en estado de ebriedad, o el límite en la contaminación del agua en un delito ambiental, o la velocidad máxima en una carretera, no se modifica en nada la ilicitud del respectivo delito ya cometido, por lo que no podría exigirse su aplicación retroactiva. Distinto es que se estableciera que tal residuo vertido no es contaminante, porque en ese caso su exclusión significa una alteración en la valoración jurídica que debe producir efectos retroactivos.” (BALDOMINO DÍAZ, 2009, p. 138).

constante alteração do regulamento, os quais dizem respeito ao princípio basilar do direito penal, que é a legalidade, bem como ao elemento do delito, qual seja, a culpabilidade, são demasiado graves para serem justificados pela mera necessidade de adaptabilidade da norma em branco.

Todavia, são necessárias algumas ponderações. Como os critérios propostos devem ser combinados, pode-se conceber o uso de remissões dinâmicas nas seguintes hipóteses, que devem ocorrer de forma conjunta: considerando que não haverá remissão de elementos centrais do crime e de que ocorrerá a remissão expressa e recíproca, que será posteriormente abordada, de forma a aumentar a publicidade sobre o ato. A primeira medida reduz o dano à legalidade em sua vertente taxatividade, enquanto a segunda opera sobre a ocorrência do erro de proibição.

Nesse caso, no entanto, só serão toleradas mudanças pontuais no mesmo regulamento. No caso de grandes mudanças, que correspondam a alteração do posicionamento jurídico adotado, ou de revogação total com confecção de outro regulamento de diversa numeração identificadora, haverá a necessidade de ser refeita também a lei penal em branco que faz a dita referência.

No que tange à retroatividade, essa, agora, deixaria de ser uma questão, uma vez que, com a alteração da lei penal, por óbvio que ela e seu novo regulamento passam a retroagir em benefício do acusado, independente de análise casuística, o que diminui a discricionariedade judicial e a insegurança jurídica nesses casos. Já para as remissões dinâmicas válidas pela obediência a três critérios – não se tratarem de elementos centrais, haver a referência recíproca e a mudança operada ser no mesmo regramento e apenas de conteúdo pontual –, entende-se que deve haver, sim, a retroação do entendimento em benefício do acusado quando a alteração da regra administrativa assessória representar uma mudança na valoração da conduta, e não decorrer apenas de questões situacionais,⁵³¹ de acordo com a teoria dos fins especiais do Direito Penal.⁵³²

⁵³¹ É necessária, portanto, uma análise sobre a persistência da necessidade da pena diante da mudança, para a qual é preciso auferir as razões que levaram à alteração da lei complementar. Nesse sentido: “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes en blanco””, de Jesús María Silva Sánchez, p. 453 e 459.

⁵³² São muitas as teorias que discutem essa questão. Raúl Baldomino Díaz expõe, como teorias contrárias à retroação, a teoria da diferenciação entre a lei e a norma e a teoria da desobediência – segundo a qual a desobediência à lei se perpetua, independentemente da alteração do conteúdo da norma administrativa. Favoravelmente, se concebem as teorias unitária, da modificação devido a alterações fáticas, da afetação do núcleo do injusto e dos fins especiais do direito penal – para esta última, a mudança da regra administrativa deve se dar em função de uma alteração axiológica, e não meramente situacional, pois nesse último caso a realização do comportamento anterior segue sendo reprovável. (BALDOMINO DÍAZ, 2009, p. 136 e seguintes).

Toma-se, portanto, como segundo critério para se auferir a legitimidade de normas penais em branco, a necessidade de que seja complementada de forma estática, sendo a alteração do regramento um fator que desencadeia a necessidade de alteração da lei, devendo trazer expressa a nova disposição complementadora, com a mitigação no caso de alterações pontuais operadas no mesmo regulamento, sem revogação ou alteração de seu número.

No caso do artigo 39, da Lei n. 9.605,⁵³³ a mera modificação da metragem de áreas consideradas de preservação permanente, sem a revogação do artigo 4º do Código Florestal, que deveria estar expressamente mencionado no primeiro tipo, não invalidaria a norma. No mesmo sentido, o acréscimo de alguma característica de embriaguez à resolução 432 do CONTRAN, não exigiria que fosse refeita a norma do artigo 306,⁵³⁴ do Código de Trânsito Brasileiro.

4.1.3. Proibição de remissões em cadeia

Importante classificação feita por Dulce Maria Santana Vega é a que diferencia as remissões entre aquelas de primeiro e de segundo grau. As de primeiro grau seriam as feitas pela norma penal ao regulamento extrapenal, sendo essa operação suficiente para que se complete o sentido do tipo. Já nas remissões de segundo grau, a própria norma complementar, por sua vez, remete a outro dispositivo para que se proceda à integração da lei penal em branco. Essas seriam também chamadas remissões em cadeia. Os problemas referentes à determinação típica, a segurança jurídica e a incidência de erro de proibição ficam, desse modo, agravados.⁵³⁵

Na lei brasileira, tais remissões são bastante frequentes. Um exemplo ocorre na Lei n. 9605 que, ao tipificar, no artigo 38, a destruição de floresta considerada de preservação permanente, remete ao Código Florestal, Lei n. 12.651 de 2012, que traz, entre seus artigos 4º e 6º, tal definição. Contudo, o artigo 6º da última lei, por sua vez, refere-se ao ato do Chefe do Poder Executivo que, por razão de interesse social, pode declarar como de preservação

⁵³³ Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.

⁵³⁴ Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

⁵³⁵ SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. P. 34.

permanente áreas cobertas com florestas ou outras vegetações distintas, a fim de atingir algumas finalidades específicas, dispostas nos incisos do mesmo artigo.⁵³⁶

Inegavelmente, essa forma de remissão apresenta diversos problemas, uma vez que são necessárias inúmeras inferências para que se alcance o real conteúdo semântico da expressão constante no tipo penal, seja pelo viés interpretativo ou normativo. O destinatário da norma, qual seja, o cidadão, não tem, por certo, a habilidade e a *expertise* necessária para buscar todos os textos legais e regulamentares necessários para que se preencha o conteúdo típico, sendo a ciência da norma claramente fictícia. Frise-se que mesmo operadores do direito têm, por vezes, dificuldades para auferir o real conteúdo da proibição nessas remissões.

Soma-se a isso o fato de muitas referências, nesses casos, não serem expressas, tendo as normas regulamentares, ademais, exigências muito menores em termos de publicação e divulgação que as leis.

Nesse sentido, estabelece-se como terceiro critério dogmático a proibição de remissões em cadeia,⁵³⁷ devendo-se delimitar o conteúdo do tipo em branco com apenas uma remissão, de modo a preservar a exigência de certeza do tipo, decorrente da legalidade, bem como a afastar a incidência indiscriminada de erro de proibição.

4.1.4. Gradação do órgão do qual emana a regulação

Quando se trata do órgão competente para emanar atos complementadores de normas penais em branco, refere-se, por óbvio, a instâncias inferiores e não legislativas, uma vez que as normas em branco problemáticas são, sobremaneira, as próprias, que não são complementadas por ato legal. Marion Bach esclarece, ademais, que tais órgãos devem ter competência para proferir ato de caráter federal, sob pena de se gerar o absurdo cenário de

⁵³⁶ Em termos de definição e classificações, não se ignora que parte da doutrina considera que tal remissão não seria necessariamente uma norma penal em branco, e sim que “área de preservação permanente” constituiria um dos chamados elementos normativos do tipo (Nesse sentido: **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**, de Fábio André Guaragni; Marion Bach, p. 178). Ademais, a primeira remissão seria considerada imprópria, por se dar entre atos de mesma hierarquia, quais sejam, leis. O objetivo dessa parte da pesquisa é, no entanto, ater-se mais a questões materiais que formais e classificatórias, buscando a solução dos problemas causados pelo excesso de remissões, ainda que se saia, por vezes, da estrita delimitação entre o que seria norma em branco, tipo aberto e elemento normativo do tipo, conforme definições já apresentadas ao longo desse trabalho.

⁵³⁷ Ou segundo reenvio, conforme Enrique Cury (CURY URZÚA, 1988, p. 96).

condutas criminais que vigoram apenas em alguns estados da Federação,⁵³⁸ vulnerando, dentre outros, o princípio da igualdade.

Bernd Schünemann, ademais, salienta a importância de que tais complementações emanem sempre de órgãos públicos, de forma que não se sujeitem, de modo algum, a oscilações típicas do setor privado, nem representem delegação de função tipicamente pública:

(...) normaciones realizadas por instancias privadas, es sin excepción jurídico-constitucionalmente inadmisibile, porque lesionaría el mandato democrático de la Ley Fundamental, al ceder a instancias sociales genuinas competencias legislativas, y porque no es compatible tampoco con el mandato de publicación de las disposiciones jurídicas contenido en el principio del Estado de Derecho, a causa de la aleatoriedad de la publicidad de las regulaciones privadas, no restringida legalmente. (SCHÜNEMANN, 1994, p. 318).

Entidades privadas seriam, portanto, inaptas para realizar tal regulamentação, como ocorre, por exemplo, ao artigo 54 da Lei n. 9605, que, no caso de poluição sonora, é complementado pela normativa 10.151, confeccionada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, a chamada ABNT.

Por fim, Antônio Doval Pais salienta a possibilidade de que a complementação se dê por instâncias supranacionais, no caso de tratados e regramentos comunitários.⁵³⁹ Importante frisar que, nesse caso, é importante que ditas normativas tenham sido adotadas pelo país e internalizadas, bem como publicadas, com o devido reconhecimento de seu nível hierárquico dentro do ordenamento jurídico pátrio. Não se pode, de forma alguma, adotar legislação alienígena como forma de complementação legal unicamente com base em sua qualidade técnica, como também já ocorreu no direito ambiental brasileiro, por meio da adoção de regulação holandesa na definição de critérios de poluição.

Assim, estabelece-se como quarto critério dogmático a aceitação das ditas normas penais em branco próprias, que são regulamentadas por atos emanados de instâncias inferiores e não legislativas. No entanto, é necessário que ditos órgãos, dos quais emanam os atos complementares, sejam instituições de direito público de competência federal, de

⁵³⁸ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P. 177. No mesmo sentido: **La ley penal blanco**, de Enrique Cury Urzúa, p. 84.

⁵³⁹ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco**. P. 135.

forma a impedir influências privadas na delimitação do conteúdo de normas punitivas, bem como vulneração do princípio da igualdade.

4.1.5. Hierarquia do ato complementar

Primeiramente, no que tange à matéria, é essencial que se destaque que a norma penal em branco pode ser complementada por disposições legais ou regulamentares de natureza administrativa, cível, laboral, mercantil, etc., a depender do bem jurídico tutelado. No entanto, para Antonio Doval Pais, apenas regulamentos administrativos ou leis não orgânicas poderiam cumprir essa função, uma vez que essas fontes se adaptam a finalidades de previsão, em razão do procedimento adotado para sua emanção. Meios regulatórios mais céleres trariam consigo muitas das desvantagens apontadas pela doutrina como típicas da técnica da norma penal em branco, como a deslegalização e o risco à igualdade.⁵⁴⁰

Considerando, para esta análise, novamente, somente as normas penais em branco chamadas próprias, quais sejam, aquelas complementadas por instância inferior e não legislativa, cabe questionar, ainda, quais atos administrativos estariam aptos a colmatar a lacuna da norma penal. Uma das discussões existente nessa seara reside na diferenciação entre atos administrativos gerais, como regulamentos, portarias e decretos, e atos administrativos individuais, como licenças, permissões e autorizações.

Os debates existentes na doutrina se limitam a expor a diferença conceitual existente entre as normas complementadas por um e outro tipo de ato. Enquanto Luís Greco cita as duas formas como exemplos de dependência entre o direito penal e o direito administrativo,⁵⁴¹ Marion Bach, endossando o entendimento de Erika Mendes de Carvalho,⁵⁴² afirma que a norma complementada por ato individual, caracterizando a assessoriedade do ato ou *Verwaltungsakzessorietat*, não seria lei penal em branco propriamente dita, uma vez que o conteúdo total do injusto já estaria no ato legislativo,

⁵⁴⁰ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco.** P. 133.

⁵⁴¹ GRECO, Luis. **A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa.** P. 160.

⁵⁴² CARVALHO, Érika Mendes de. **Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do Ambiente.** P. 307.

remanescendo a normativa administrativa na função de mera causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude.⁵⁴³

Contudo, para além da discussão conceitual, pertinente ao fato de a assessoriedade do ato poder ou não ser definida como espécie do gênero norma penal em branco, o objetivo dessa pesquisa é delimitar se essa técnica deve ou não ser permitida no sistema de reenvio brasileiro, de forma a evitar as consequências nocivas apontadas no terceiro capítulo dessa pesquisa.

Antonio Doval Pais adverte que, no caso da referência expressa a atos administrativos individuais no âmbito do tipo penal, a necessidade de uma inversão interpretativa pode gerar perigos:

Efectivamente, en estos casos, el determinar si un hecho contraviene la normativa de remisión exigirá comprobar que carece de alguno de los requisitos para su conformidad a Derecho en el correspondiente sector en el que la actividad se halle regulada. Esto no supone verificar únicamente si tal hecho constituye un ilícito en dicho ámbito jurídico, sino si se trata de un hecho no conforme a lo establecido en él, lo que obliga a revisar si en su realización se dejaron de observar las exigencias que se establecen en el sector jurídico correspondiente. (DOVAL PAIS, 1999, p. 132).

Além do duplo processo interpretativo, a ponte tão estreita entre os dois sistemas pode dar azo a uma multiplicidade de problemas, como o do indivíduo que atua tendo em mãos ato administrativo ilegal, aquele que contraria proibição administrativa nula, o que atua de acordo com os ditames e regras administrativas – porém sem a autorização –, ou ainda aquele que obtém concordância informal do órgão administrativo competente.⁵⁴⁴ Soma-se a isso o pouco rigor técnico das nomenclaturas autorização, permissão, licença, etc., que muitas vezes são utilizadas como equivalentes e outras vezes como institutos diversos,⁵⁴⁵ gerando insegurança jurídica ao legislador e ao destinatário.

Dessa forma, estabelece-se como quinto critério o uso, para a complementação de normas penais em branco, de leis e regramentos administrativos gerais, como portarias e decretos. Os tipos penais que referem a assessoriedade do ato, como os artigos 51, 55, 60, etc., da Lei n. 9.605/98, dispõem sobre condutas que encontrariam boa regulação em sede de direito administrativo sancionador, o qual estabeleceria as consequências em caso de

⁵⁴³ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. P. 181.

⁵⁴⁴ *Ibidem*. P. 179.

⁵⁴⁵ GRECO, Luis. **A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa**. P. 162.

descumprimento de atos individuais autorizativos emanados por órgãos e autoridades da Administração Pública.

4.1.6. A remissão recíproca e expressa

Uma das questões que dificulta o conhecimento da norma penal em branco, gerando ocorrência indiscriminada de erro de proibição, é a dificuldade de se encontrar qual a regulação complementadora. Muitas vezes, os próprios profissionais do direito têm dificuldade em encontrar a norma que preenche a lacuna legal, ou mesmo de ter certeza e segurança a respeito de sua existência, no caso de elementos normativos e tipos abertos. Pode-se deduzir daí que, novamente, o amplo conhecimento do conteúdo proibido por parte dos cidadãos comuns não passa, muitas vezes, de mera ficção jurídica, a qual acarreta, na realidade, imputação de pena mesmo diante do desconhecimento da norma, nos termos do artigo 21, do Código Penal brasileiro.

Uma questão que agrava tal problema é a falta de divulgação de muitos desses regulamentos, os quais não possuem as mesmas normas de publicação aplicáveis às leis,⁵⁴⁶ que, ainda assim, passam, por vezes, despercebidas. Tais regulamentos, ademais, dificilmente são divulgados de forma ampla pela mídia, como ocorre em alguns casos de criação de novos tipos penais. E sabe-se que é, muitas vezes, por meio da mídia que o cidadão comum toma conhecimento de uma nova lei penal ou da adição de um novo tipo ao Código pátrio.

Para Antonio Doval Pais, tal questão concerne à admissibilidade ou não das chamadas remissões implícitas. O Tribunal Constitucional espanhol, na já citada decisão n. 127 de 1990, consignou a exigência de que as leis penais em branco incorporem a seu texto remissões sempre de forma explícita, o que diz respeito a adoção de expressões como “com a infração de outras leis, regulamentos e disposições”. Para o autor, no entanto, o legislador poderia sim utilizar na lei conceitos jurídicos cujo sentido dependa estritamente de disposições constantes em outras normas⁵⁴⁷ sem que seja preciso expressa menção a elas, o

⁵⁴⁶ Para Enrique Cury, no caso de normas penais em branco, a norma complementar deveria ser publicada no Diário Oficial como as leis, de forma a evitar a ocorrência de erro por desconhecimento (CURY URZÚA, 1988, p. 102).

⁵⁴⁷ Salientamos que o conceito de normas em branco por remissões implícitas aqui exposto torna impossível sua distinção das leis compostas por termos de outra natureza, que são os chamados elementos normativos do

que configuraria as ditas remissões implícitas.⁵⁴⁸

O último caso é o que ocorre, no Brasil, por exemplo, na tipificação do *insider trading*, em que o termo “relevante” constante na norma poderia facilmente ser entendido como dependente unicamente de interpretação, já que não há qualquer referência expressa à necessidade de que se recorra, para seu entendimento, à Instrução n. 358 da Comissão de Valores Imobiliários. O artigo 33 da Lei n. 11.343,⁵⁴⁹ por sua vez, em que pese conter uma longa lista de verbos núcleos,⁵⁵⁰ refere a “autorização” e “determinação legal ou regulamentar” sem qualquer especificação.

Assim, bastante esclarecedora é a proposta de Dulce María Santana Vega, em consonância com o entendimento do Tribunal Constitucional alemão. A autora refere a importância da adoção das chamadas cláusulas de remissão inversa (*Rückverweisung*, em expressão de Klaus Tiedemann),⁵⁵¹ o que corresponderia a dar ciência, aos infratores da norma administrativa, de que complementa um tipo penal. Isso poderia dar-se por meio de uma cláusula expressa sobre a remissão:

Esto es, la remisión que realiza la ley penal en blanco es una remisión directa, mientras que la que efectúa la norma de complemento es indirecta o en sentido contrario: de la norma extrapenal de complemento a la ley penal en blanco. Mientras que la remisión que hace la norma penal en blanco a las disposiciones extrapenales es una remisión de supuesto de hecho, la que se realiza por la remisión indirecta es de consecuencia jurídica: la norma de complemento indica que la infracción de la misma lleva aparejada sanción en el Código Penal. Con ello se pretende evitar la indeterminación y, sobre todo, los problemas que, en materia de error, plantea el conocimiento de la conducta prohibida integrada por normas reglamentarias. (SANTANA VEGA, 2000, p. 42-43).

Ademais, a referência expressa ao tipo penal nas normas complementadoras, e não o contrário, contribui para a estabilidade e a segurança jurídica. Como tais regulações estão sujeitas a mudanças com maior celeridade e frequência, se o tipo penal trouxesse a referência

tipo. Novamente, reitera-se que o objetivo desse trabalho é buscar a solução para os problemas oriundos dessas diversas formas de reenvio, sem se ater de forma demasiada a classificações.

⁵⁴⁸ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco.** P. 124 e 125.

⁵⁴⁹ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

⁵⁵⁰ Conforme já referido, a crítica no que tange à criminalização das drogas abrange diversos outros critérios para além da mera formalidade normativa. Analisa-se somente este nesse tópico em função dos limites desse trabalho.

⁵⁵¹ TIEDEMANN, Klaus. **Wirtschaftsstrafrecht : Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten - 3.** P. 108.

expressa, por exemplo, ao número do regulamento complementar, esse teria que ser alterado de forma corriqueira – desconsiderando-se, para tal análise, a proibição instituída no segundo critério, que já acarretaria a alteração da norma penal com a revogação do regulamento e a consequente alteração do seu número –. Assim, se apenas a expressão “com infração às normas” estiver no tipo penal e a referência completa da lei penal estiver no regulamento que, mesmo alterado, não perderá a obrigatoriedade de trazer novamente essa menção em sua nova versão, preservada estará a maior estabilidade do texto legislativo. Ainda, adota-se aqui a exigência de ampla divulgação e publicação nos moldes legais da regra complementadora, de forma a garantir seu conhecimento pela maior parte da população.

Como sexto critério, portanto, estabelece-se, em primeiro lugar, a necessária remissão explícita, nas normas penais em branco, com menção de que o dever nela instituído se dá com o cumprimento também de normas, disposições ou regulações administrativas. De outra banda, o estabelecimento das chamadas remissões recíprocas, com a expressa previsão, na norma administrativa, de que sua infração causará também a violação de dever exposto em lei penal, acarretando as devidas consequências. Nesse caso, é recomendável que seja também expressa a menção à lei penal violada, com a indicação do número do diploma.

O entendimento expresso nessa pesquisa é, ademais, que o mesmo dever poderia ser aplicado à lei penal, que mencionaria expressamente o regulamento complementar, uma vez que a regra passa a ser a remissão estática, cabendo a remissão dinâmica apenas para casos de mudanças pontuais, que não abrangem a revogação total da norma administrativa, o que acarretaria a modificação de seu número identificador.

4.1.7. Exame de legalidade do complemento

Como sétimo critério, estabelece-se a necessidade de que seja analisada a legalidade do ato complementar, que vai preencher a “janela” do tipo, verificando-se se foi emanado por autoridade competente para regular dita matéria e se está redigido de forma clara, possuindo os requisitos de determinação necessários para que possa ser devidamente compreendido. Ainda, tal ato deve obedecer aos limites de conteúdo da lei, não podendo regular matérias diversas das que foram expressas e diretamente reenviadas. O ato que complementa a norma em branco passa, por consequência, a pertencer à dita norma,

conforme o exposto na análise sobre sua retroação, devendo, portanto, obedecer a alguns critérios, ainda que menos rígidos, no que tange ao princípio da legalidade.

Conforme Enrique Cury, para que seja preservada a tipicidade, é indispensável que se dirijam requerimentos também à norma complementar, para que ela também esteja ao alcance dos destinatários, que devem poder, por meio da mesma, obter o juízo de certeza sobre as obrigações que lhes são impostas.⁵⁵² Nas palavras do autor:

Si se aplica este principio fundamental a la norma complementaria de la ley en blanco, habrá que enunciarlo así: la disposición complementaria debe formularse de manera que, conjuntamente con la ley en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al conocerlas, un hombre común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena. (CURY URZÚA, 1988, p. 91).

No direito brasileiro, importante citar o exemplo da Resolução n. 237 de 1997 do CONAMA, a qual regulava o licenciamento ambiental. Tal ato visava a complementar o artigo 23, incisos II, IV e VII, da Constituição Federal, que estabelece competência comum entre todos os entes federativos para proteger o meio ambiente. Contudo, o mesmo artigo 23 exige, em seu parágrafo único, que as regras para essa cooperação sejam feitas mediante lei complementar, o que atualmente se deu por meio da Lei n. 140 de 2011. Sabendo-se que vários tipos penais previstos na Lei n. 9605 fazem referência expressa ao dito licenciamento, como o artigo 66⁵⁵³ e o 69-A,⁵⁵⁴ depreende-se que, até 2011, a norma penal foi complementada por ato de hierarquia inferior à devida, bem como emanado por autoridade absolutamente incompetente para tanto.

Outro exemplo é o artigo 40 da mesma lei, que criminaliza causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990. Em que pese o cumprimento do sexto critério estabelecido nessa pesquisa, por trazer referência expressa à norma complementadora, ao recorrer-se a ela, o destinatário depara-se com a seguinte determinação: “*nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota ficará subordinada às normas editadas pelo Conama*”. Para além de se tratar de uma norma administrativa que traz nova referência, contrariando o disposto no terceiro critério, que

⁵⁵² CURY URZÚA, Enrique. **La ley penal blanco**. P. 65.

⁵⁵³ Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental.

⁵⁵⁴ Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão.

proíbe remissões em cadeia, o termo “Unidades de Conservação” segue sem qualquer definição, gerando incerteza. A norma é, portanto, absolutamente inapta, pois não promove a compreensão total do tipo incriminador.

4.1.8. Reconhecimento diferenciado do erro

Como oitavo e último critério, é importante que se trabalhe especificamente com um dos problemas mais recorrentes em matéria de norma penal em branco, qual seja, o erro de proibição, o qual foi detidamente analisado na terceira parte dessa tese. Conforme se depreende do que foi exposto, sabe-se que grande parte das normas reguladoras são bastante técnicas, limitando-se a disciplinar atividades específicas de um determinado setor, de modo que a regulação existente na legislação brasileira isenta de pena somente o erro inevitável, enquanto o erro evitável funciona apenas como causa de diminuição de pena.

Nesse sentido, no caso de normas que fazem uso de assessoriedade, deve a jurisprudência trabalhar em cima de um alargamento das possibilidades de reconhecimento de dito erro,⁵⁵⁵ uma vez que, em que pese o desconhecimento da lei não ser escusável, trata-se de uma mera ficção, como já se mencionou, exigir-se do cidadão comum o conhecimento de todas as normativas administrativa complementadoras dos tipos penais.

Por óbvio que não se incentiva uma presunção, em caso de assessoriedade, de que tenha havido erro, o qual deve ser matéria de prova defensiva, uma vez que se trata de excludente de culpabilidade ou, como já mencionado, de tipo, em alguns casos. Contudo, quando o dever de conhecimento e de informação recair sobre uma norma complementadora, o âmbito interpretativo para reconhecimento da evitabilidade deve ser reduzido, e, para a ocorrência do erro, aumentado.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Não se ignora o dilema existente na doutrina a respeito da classificação do erro em matéria de assessoriedade como erro de tipo ou erro de proibição, conforme se aventou na terceira parte dessa pesquisa com base nos estudos de Frederico Horta. Alaor Leite também aborda a questão no artigo “Vorsatz und Irrtum bezüglich der Pflichtwidrigkeit bei der Untreue (§266 StGB)”, propondo, à página 529, que a consciência sobre o dever de violação pertence à esfera do dolo, enquanto o erro sobre esse dever em si estaria na esfera da proibição. Destaque-se, ainda, o trabalho de José Paulo Naves sobre o tema, que analisa a dicotomia sob o ponto de vista de diversos doutrinadores ao longo da história do direito penal, entre as páginas 134 e 155 (NAVES, 2018). Nossa posição, nesse trabalho, é pelo erro de proibição, pressupondo o primeiro critério de que o núcleo do injusto deve estar na lei penal e não na norma complementadora. Deixa-se de aprofundar mais esse tema pelos limites dessa pesquisa.

⁵⁵⁶ São muitos os defensores dessa ideia e de outras semelhantes, como: **Derecho penal económico**, de Miguel Bajo; Silvina Bacigalupo, p.184; “La regulación del error de prohibición en el código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios”, de José Cerezo Mir, p. 284; “El error evitable de prohibición en el

Para Ingeborg Puppe,⁵⁵⁷ ademais, o conhecimento sobre normas específicas que complementam leis em branco, sobretudo em questões ambientais e econômicas, não pode ser exigível na mesma medida em que o são as normas gerais de direito penal. O conhecimento dessas últimas indica, inclusive, o grau de socialização do indivíduo e sua aptidão para a vida em comunidade. As regras administrativas, no entanto, são, na maioria dos casos, técnicas, dizendo respeito a um âmbito de atividade específico. Se o indivíduo que trabalha nesse ramo, em que pese os indícios de que havia regulação, não teve a iniciativa de informar-se sobre ela, tal atitude indicaria um certo nível de indiferença em relação ao ordenamento jurídico, o que se aproximaria mais do conceito de imprudência:

El reproche de indiferencia hacia el ordenamiento jurídico que cabe formular al autor de un delito contemplado en una norma penal en blanco, que omite informarse respecto de las normas que completan la norma penal en blanco, está más cerca del reproche por imprudencia que del reproche a título de dolo, que se realiza a quien infringe una norma elemental y general de comportamiento, cuyo conocimiento cabe esperar por su parte sin necesidad de efectuar indagaciones especiales. Si el legislador considera importante utilizar también para este injusto la vía penal, podrá conseguirlo fácilmente mediante una amenaza de pena por imprudencia. (FRISCH, 1999, p. 119-120).

Importante frisar, aliás, que a inadequação à regra técnica figura no Código Penal como uma causa de aumento para o homicídio culposo, conforme parágrafo 4º, do artigo 121. Isso aponta, novamente, para a ocorrência de elemento subjetivo diverso do dolo nesses casos.

Klaus Lüderssen refere a importância de se reconhecer a dificuldade de conhecimento da norma de complementação por parte de seu destinatário, o que pode gerar comportamento criminoso em razão da compreensão imperfeita do preceito complementador, no sentido da assessoriedade assimétrica.⁵⁵⁸ Nas palavras do autor, em análise à questão atinente à complexidade da legislação tributária em matéria de assessoriedade penal:

proyecto de 1980”, de Carlos María Romeo Casabona, p. 757-758; **Derecho penal económico y de la empresa. Parte general**, de Carlos Martínez-Buján Pérez, p. 439.

⁵⁵⁷ A autora entende, no entanto, que a maior parte dos erros em caso de assessoriedade estaria abrangido pelo erro de tipo.

⁵⁵⁸ Expressão usada pelo autor na página 179 do texto **Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?**

Nessa disputa generalizada sobre o significado dos conceitos em branco para o problema do dolo, ficou bastante despercebida uma particularidade, mas que é, para o problema de quais representações mentais do acusado são relevantes diante de uma situação jurídica incerta, de significado central: a consciência limitada da ilicitude. O acusado não sabe exatamente – para ficar no caso das normas penais em branco – se há prescrições jurídicas que fazem seu comportamento parecer proibido no sentido da norma penal em branco, mas considera que isso seja possível e, apesar disso, age (...). O que isso significa? O risco de responsabilidade do destinatário da norma, que é aumentado de forma alarmante pelo declínio da certeza qualitativa e quantitativa dos elementos objetivos da norma, deve ser compensado no lado subjetivo. Isso não deve ser feita apenas por meio de uma concessão à vulnerabilidade pessoal do indivíduo, mas também, caso a caso, por uma retração controlada do padrão de exigência. Essa é uma questão de validade legal. Esta não é apenas uma etiqueta benevolente para os incriminados, mas sugere, para dizer o contrário, que o grau de complexidade das regulamentações legais - pelo menos em questões tão complicadas como a lei tributária - não mais se desculpem completamente umas com as outras. Pelo contrário, há estágios intermediários que não podem mais ser adequadamente descritos com essas categorias tradicionais, que se destinam a relações jurídicas relativamente simples ou, pelo menos, claras. (...) Mesmo equívocos claros sobre o mandamento legal não precisam ser testados para sua evitabilidade, se - se necessário através de uma opinião especializada - puder ser estabelecido que eles não provocaram no acusado a consciência primária de violar uma disposição penal. (LÜDERSSEN, 1983, p. 225-231 – tradução da autora).⁵⁵⁹

Nesse sentido, estabelece-se, como oitavo e último critério, um alargamento, pela jurisprudência, do reconhecimento do erro nos casos de norma que faz uso de assessoriedade em matéria técnica, como ocorre aos artigos 38⁵⁶⁰ e 38-A⁵⁶¹ da Lei n. 9605. Ainda, se

⁵⁵⁹ “Ziemlich unbemerkt geblieben in diesem allgemeinen Streit über die Bedeutung der Blankettbegriffe für die Vorsatzfrage ist eine Besonderheit, die aber gerade für die Fragen, welche Vorstellungen des Beschuldigten bei unsicherer Rechtslage relevant sind, von zentraler Bedeutung ist: das bedingte Unrechtbewusstsein. Der Beschuldigte weiss nicht genau – um bei den Fällen der Blankettgesetze zu bleiben – ob es Rechtsvorschriften gibt, die sein Verhalten als verboten im Sinne der Blankettnorm erscheinen lassen, hält es aber für möglich und handelt trotzdem. (...) Was ist damit gemeint? Das mit der sinkenden qualitativen und quantitativen Bestimmtheit der objektiven Normelemente erschreckend vergrößerte Haftungsrisiko des Normadressaten muss auf der subjektiven Seite kompensiert werden. Nicht nur Konzession an persönliche Schwäche des Einzelnen muss das geschehen, sondern durch fallweise fixierbare Zurücknahme des Normanspruchs. Daher handelt es sich um eine Frage der Rechtsgeltung. Das ist nicht nur eine freundliche Etikette für die Betroffenen, sondern deutet an, dass der Komplexitätsgrad rechtlicher Regelungen – jedenfalls in derartig verzweigten Materien wie dem Steuerrecht – es nicht mehr Entschuldigung einander krass gegenüberzustellen. Vielmehr gibt es Zwischenstufen der Geltung, die mit diesen, auf relativ einfache oder jedenfalls eindeutige Rechtsverhältnisse gemünzten traditionellen Kategorien nicht mehr angemessen bezeichnet werden können. (...) Selbst eindeutige Fehleinschätzungen der Rechtslage brauchen nicht auf ihre Vermeidbarkeit hin geprüft zu werden, wenn – gegebenenfalls durch ein Sachverständigengutachten – festgestellt werden kann, dass sie beim Beschuldigten das primäre Bewusstsein, gegen eine Strafvorschrift zu verstossen, nicht haben aufkommen lassen”.

⁵⁶⁰ Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

⁵⁶¹ Art. 38-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

comprovada a ocorrência desse, o entendimento sobre sua evitabilidade deve ser reduzido, considerando-se as condições do caso concreto, quais sejam, a especialização do agente e também a complexidade de ditas normas. Reconhecendo-se o erro evitável, deve ser analisada, por fim, a possibilidade de punição a título de culpa, se prevista no tipo penal.

5. Considerações parciais

Da última parte desse trabalho, é possível auferir que as questões problemáticas oriundas da assessoriedade administrativa não podem ser solucionadas com base em uma única proposta, sendo necessária a combinação de diversas matérias jurídicas para, paulatinamente, reduzirem-se os efeitos nocivos do uso excessivo das técnicas de remissão.

Do ponto de vista da política criminal, deve-se pensar, primeiramente, em propostas de descriminalização, uma vez que a tarefa de emprestar racionalidade ao direito penal se torna cada vez mais árdua no momento em que se trabalha com um número excessivo de leis penais, as quais expandem a responsabilização para as mais diversas searas. No que tange às condutas relacionadas a drogas, é farto o número de pensadores, sobretudo na criminologia, que vem, há tempos, apontando para os diversos benefícios, principalmente em matéria de segurança pública e de execução penal, do pensamento descriminalizador. Sobre política legislativa, ademais, o repensar do procedimento legiferante em si, com o uso de técnicas desenvolvidas pela chamada legisprudência, também acrescentaria maior objetividade ao setor, tornando a atividade do Legislador passível de um maior controle e de alguma previsibilidade. A principal alteração aqui sugerida se dá pela instituição dos chamados estudos prévios e posteriores de impacto legislativo, os quais já existem em alguns países da Europa, como Holanda e Portugal.

No que tange ao direito administrativo, deve ser pensado de forma conjunta e integrada ao direito penal, de forma a construir-se um sistema sancionador lógico e preenchido de sentido, evitando-se a sobreposição de sanções e de âmbitos de aplicação de penas. Sugere-se, para tanto, a utilização de exemplos oriundos do direito comparado, como o modelo português e alemão de ordenação social. No entanto, não se pode trabalhar com a expansão do direito administrativo sem que se altere a disciplina do processo administrativo sancionador, o qual deve passar a ser permeado de garantias ínsitas a sistemas de punição.

Por fim, tendo em vista a atuação do Judiciário, buscou-se desenvolver categorias dogmáticas para que seja possível o controle de legitimidade e legalidade das normas penais em branco e demais técnicas de reenvio. Ditas categorias se dirigem não apenas à lei, mas ao ato complementador, ao órgão que o produz, etc. Ainda não há, no Brasil, um posicionamento definitivo da Corte Constitucional sobre o tema, sendo necessário, então, o aprofundamento doutrinário da matéria da assessoriedade administrativa, no intuito de que se reduzam os malefícios de sua má confecção e aplicação.

CONCLUSÃO

A presente investigação doutoral teve por objetivo realizar uma ampla análise do fenômeno da assessoriedade administrativa em direito penal, sobretudo no que tange às normas penais em branco. A hipótese inicial versava no sentido de que, atualmente, o uso exacerbado e desregulado de técnicas de assessoriedade provoca a violação de uma série de normas basilares da ciência penal, sendo necessário repensar, sob diversos pontos de vista, o uso de referida estrutura normativa.

Do exposto, é possível auferir-se as seguintes conclusões:

a) Em que pese a miscigenação de algumas características típicas das famílias jurídicas ocidentais, quais sejam, a *Civil* e a *Common Law*, o Brasil se filia ao primeiro grupo, possuindo a lei um papel fundamental para o conhecimento e a aplicação do direito, sobretudo no que tange ao direito penal;

b) O princípio da legalidade possui, com sua rigidez, uma primordial função de garantia em matéria criminal, encontrando-se atualmente em crise com a expansão de criminalizações para setores de difícil regulação, em razão de sua constante mutação e reconhecida flexibilidade;

c) São muitas as classificações existentes na doutrina a respeito das normas que dependem de complementação administrativa, sendo mais problemática a norma cujo preenchimento se dá por meio de ato hierarquicamente inferior à lei, o qual advém de órgão pertencente ao Poder Executivo;

d) São muitos os atos administrativos utilizados para exercer a complementação; contudo, o desenvolvimento da vertente sancionadora do direito administrativo e sua relação com o direito penal ainda permanece com pontos obscuros, sendo bastante imprecisa a definição dos atos que estariam aptos a exercer essa função;

e) Dentre os bens jurídicos tutelados pela norma penal, há alguns que tendem a sofrer maior incidência de assessoriedade administrativa e, por consequência, ali se instauram os problemas mais graves decorrentes da adoção de ditas técnicas de reenvio. Dentre tais áreas, se incluem o direito penal ambiental, o econômico e o de drogas. Há, no entanto, outras searas que também padecem da mesma condição, como o direito penal de trânsito, de armas, etc. Os problemas decorrentes do uso desmedido da norma penal em branco não se resumem ao direito brasileiro, sendo também estudados no

direito comparado, a exemplo de Alemanha e Espanha;

f) São muitas as causas do uso desmedido de assessoriedade. É preciso ter em mente o caldo cultural vivenciado nos últimos anos, sobretudo tendo-se por base o cenário típico da sociedade de riscos e de massas, na qual o mote do discurso securitário encontra seu ideal espaço de desenvolvimento. Em sede da América Latina, o movimento é especialmente problemático, recaindo sobre uma sociedade já permeada por desigualdades econômicas e sociais, permitindo então a aplicação da norma problemática de modo desigual, o que se vislumbra principalmente no que tange ao direito penal de drogas;

g) Já se encontra constatada, por diversos autores, a tendência expansionista vivenciada pelo direito penal atualmente. A proliferação de diversas leis penais, com a criação de novos bens jurídicos, inverte um critério que inicialmente foi pensado com finalidade de garantia e contenção de punições. Nesse âmbito, os bens ditos coletivos ou transindividuais, como o meio ambiente e a economia, muitos dos quais já se encontravam fartamente regulados por normas administrativas, passam a sofrer criminalizações, as quais não podem abrir mão da técnica de remissão. Ademais, tais bens possuem como característica ínsita a constante mutabilidade, típica da sociedade atual, o que torna difícil sua adaptação à lei penal e seu rigoroso e lento procedimento de confecção e alteração;

h) No que tange às drogas, é essencial mencionar sua complementação cogente ocorrida por meio de tratados internacionais, a qual impossibilita a adequação de dita política criminal às características da sociedade na qual ela deve incidir;

i) A ausência do desenvolvimento da legisprudência no Brasil, como ciência voltada ao estudo do procedimento legislativo e suas características e possibilidades de melhora qualitativa, permite que a proliferação legal se dê de forma pouco técnica, principalmente em matéria penal, a qual carece atualmente de racionalidade que possibilite sua compreensão total e sua aderência, juntamente com o direito administrativo sancionador, a uma ideia de sistema punitivo global e integrado;

j) No que tange às consequências dos eventos até o momento apontados, pode-se trabalhar com a violação de normas penais basilares em diversas esferas, com o desvio no bem jurídico tutelado de fato pela norma em relação àquele declarado em sua justificativa, as violações da legalidade sob o viés da reserva de lei e da taxatividade, a ocorrência indiscriminada de erro de proibição e de tipo, o uso de procedimentos

administrativos feitos de maneira parcial como prova de justa causa em ação penal, a sobreposição de punições sancionatórias nas duas esferas com ocorrência de *bis in idem*, a perda de efetividade da norma pela impossibilidade de motivação de seus destinatários em razão de sua não compreensão e, por fim, a confecção de legislação simbólica – que, além de não contribuir para a resolução das questões que a justificaram, desincumbe o poder público de construir e investir em novas alternativas para tais problemas –;

l) Constatada a existência do fenômeno, suas causas e consequências, passa-se a delinear as possibilidades de sua superação. Primeiramente, assume-se que, atualmente, em que pesem as diversas questões apontadas no terceiro capítulo dessa tese, não se pode abrir mão do uso das técnicas de reenvio, devendo ser feito um esforço no sentido de adaptá-las à Constituição e aos demais ditames do ordenamento jurídico, sobretudo aos princípios ínsitos do direito penal. Buscou-se desenvolver medidas que promovam mudanças quantitativas e qualitativas no uso da complementação legal. Adota-se, nessa tese, uma visão interdisciplinar, propondo-se diversas soluções que podem ser adotadas de forma conjunta para que as consequências nocivas do mau uso da assessoriedade sejam, ao menos, mitigadas;

m) Em sede de política criminal, criminologia e estudos legislativos, a contribuição se dá no intuito de solucionar as questões atinentes ao desvio no bem jurídico protegido pela lei em relação ao bem declarado em sua justificativa e em sua pouca eficácia como um todo, com prevalência das funções simbólicas da norma sobre suas funções efetivas. Em um primeiro momento, incentivam-se os processos de descriminalização, os quais devem tomar forma principalmente no que tange a delitos de drogas. Em segundo lugar, sugere-se o aprimoramento do procedimento legislativo em si, o que pode dar-se, por exemplo, com a criação de estudos prévios e posteriores de impacto legislativo, os quais podem influenciar na redução de movimentos que demandam por novas criminalizações. Para que se possa iniciar um controle racional sobre a legislação penal pátria, deve-se, antes de tudo, reduzi-la a áreas em que sua incidência seja de fato necessária, tornando efetivos os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal;

n) Com as contribuições dadas em sede de direito administrativo sancionador, almeja-se reduzir os problemas relativos à complexidade na relação entre essa matéria e o direito penal, incluso no que tange às questões processuais. O aporte se dá, nessa

área, pelo desenvolvimento de um sistema sancionador integrado, de forma a evitar a sobreposição de sanções e a confusão legislativa e procedimental que vige atualmente na intersecção entre o direito penal e o administrativo. Ainda, pressupondo a ocorrência dos processos descriminalizadores, sugere-se uma expansão da sanção administrativa em algumas áreas, como a ambiental e a econômica, o que deve ser acompanhado por uma expansão de garantias processuais no setor. Tal movimento pode ser feito, inclusive, por meio de criação de um sistema próprio, o que se pode desenvolver fazendo uso de exemplos já existentes no direito comparado, a exemplo das contraordenações portuguesas e das *Ordnungswidrigkeiten* alemãs. Por óbvio, tal implementação deve fazer parte de um estudo em separado, o qual não se desenvolve nessa pesquisa em razão dos seus limites temáticos;

o) Em sede de dogmática penal, a contribuição dessa pesquisa se dá pelo desenvolvimento de critérios que permitam o controle sobre o texto legislativo que faz uso de assessoriedade. Ditos critérios não são exaustivos, mas podem, se conjuntamente aplicados, reduzir em grande parte os danos causados ao princípio da legalidade e em matéria de erro nessa seara. Foram definidos, portanto, os seguintes ditames: proibição de remissão de elementos centrais; mitigação de remissões dinâmicas; proibição de remissões em cadeia; definição da gradação do órgão do qual emana a regulação e da hierarquia do ato complementador; obrigatoriedade da remissão recíproca e expressa; controle judicial sobre requisitos de legalidade do ato complementador; e alargamento do reconhecimento do erro com redução da perspectiva de sua evitabilidade no caso de normas que fazem uso de assessoriedade.

Por fim, não se pretende, em nenhum momento, exaurir o presente debate, sendo esse trabalho apenas um primeiro passo no desenvolvimento de critérios de aprimoramento das técnicas de assessoriedade administrativa, sobretudo a norma penal em branco.

REFERÊNCIAS

ABANTO VASQUEZ, Manuel A. El principio de certeza en las leyes penales en blanco: especial referencia a los delitos económicos. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 9, p. 13-34., 1999.

ADRIASOLA, Gabriel. Juez, legislador y principio de taxatividad. In: DALBORA, José Luis Guzmán (coord.). **El penalista liberal**. Buenos aires: Hammurabi, 2004.

AFTALIÓN, Enrique R. El Derecho penal "administrativo" como Derecho penal especial: notas de polémica y de política criminal. **Revista jurídica argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010**, Buenos Aires, p. 311-336., 2011.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Sobre a técnica legislativa em matéria penal na lei de drogas. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 661-684.

ALONSO, Leonardo; COELHO, Marina Pinhão. Sistema penal do consumidor. in: REALE, Miguel (coord.). **Experiências do direito**. Campinas: Millennium Editora, 2004. P. 349- 379.

AMERICANO, Odin I. do Brasil. **Manual de direito penal**. Parte Geral. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1985.

ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: **DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 75-107.

_____. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 2, n. 2, p. 173-205., abr./jun. 1992.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 30, p. 11-27., jul./dez. 1980.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Breves notas sobre tipicidade penal e a obra de Miguel Reale Júnior. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de

Mello Jorge. **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. 775 p., 24 cm. ISBN 978-85-62027-48-2. p. 455-467

ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ATIENZA, Manuel. **Contribución para una teoría da legislación**. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10854/1/Doxa6_21.pdf Acesso em 11.05.2018.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

AZEVEDO, David Teixeira de; AZEVEDO, André Dias de. A lei anticorrupção e os programas de compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 55-60.

AZEVEDO, Tiago Lopes de. **Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

BACIGALUPO, Enrique. Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco. **Actualidad Penal**, Madrid, v. 1, 1/26, p. 449-455., semanal. 1994.

_____. **"Compliance" y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

_____. **Curso de derecho penal económico**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

_____. La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 5, p. 191-213., 1982.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALDOMINO DÍAZ, Raúl A. “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco”. **Polít. crim.**, Vol. 4, Nº 7 (Julio 2009), Art. 4, pp. 125-150 (1-26).
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A4.pdf]

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do direito penal e do direito administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites do poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 73-101.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998.

_____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

_____. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio. **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. 2017. Tese (Titularidade). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELEZA, Teresa Pizarro. **A moderna criminologia e a aplicação do direito**. Lisboa: Ed. Minerva, 1987.

BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **O regime legal do erro e as normas penais em branco: ubi lex distinguit**. Coimbra: Almedina, 2001.

BELEZA DOS SANTOS, José. **Ilícito penal administrativo e ilícito criminal**. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B9652BFD6-6F35-4E23-936D-56250122184B%7D.pdf>. Acesso em 06.04.2018.

BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**. Netherlands: Scientia Verlag Aalen, 1965.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio. **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O crime de lavagem de dinheiro. In BADARÓ, Gustavo Henrique; e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro - Aspectos Penais e Processuais Penais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **O que é compliance no âmbito do direito penal?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em 22.04.2015.

_____. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 267-296., jul./ago. 2010.

BRANDÃO, Nuno. **Crimes e contra-ordenações: da cisão a convergência material**. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

BRODOWSKI, Dominik. Models of economic criminal procedure: the intricate multi-actor setting of criminal justice in the field of the economy. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016.

BRICOLA, Franco. Rapporti tra dommatica e politica criminale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 31, p. 3-35., 1988.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral, tomo 1º**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **CIDADE DE MUROS: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

CALVI, James V. COLEMAN, Susan. **American law and legal systems**. 6 th ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2008.

CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o pensamento jurídico-criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 301-335., jul./set. 2003.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Crimes econômicos e imputação objetiva**. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 259-273.

CANTERJI, Rafael Braude.;FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. . A incompatibilidade constitucional da infração prevista no artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro. In: **Revista Jurídica** (Brasília), v. 393, p. 91-98, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais**. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=103. Acesso em 20.06.2015.

CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do Ambiente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 299-336., set./out. 2011.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Antimanual de Criminologia**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

_____. Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas in Ximendes, A. M. C.; Reis, C. & Oliveira, R. W. **Entre Garantia de Direitos e Práticas Libertárias**. Porto Alegre: CRPRS, 2013.

_____. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTELLS, Manuel (org.). **Imperialismo e Urbanización em América Latina**. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S. A., 1973.

CEREZO MIR, José. La regulación del error de prohibición en el código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 38, n. 2, p. 277-284, mai./ago. 1985.

_____. **Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2788179.pdf>. Acesso em 09.02.2018.

CERVINI SANCHEZ, Raúl. Direitos humanos e direito penal: alcance e sentido dos processos de desinstitucionalização. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 91-117., abr./jun. 1993.

CERVINI SANCHEZ, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CHESNEAUX, Jean. Tirania do efêmero e cidadania do tempo. In: **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: **DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários** : volume I - problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **A dignidade penal e a carência de tutela penal**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 2, abr-jun. 1992.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230., jan./fev. 2014.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: Celso Sanchez Vilardi; Flávia Rahal Bresser Pereira; Theodomiro Dias Neto. (Org.). **Direito penal econômico - análise contemporânea**. São Paulo, 2009, v. , p. 189-222.

_____. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. 261 f. Tese (Livre docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

_____. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administrativização. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula. **Estudos de direito público**. Campo Grande: Cepejus, 2009.

_____. **O direito penal ambiental e normas administrativas**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.155, p. 18-19, out. 2005.

_____. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José de Faria. A importância da recorrência no pensamento jurídico: um exemplo : a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: **DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários : volume I - problemas gerais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 109-143.

CREUS, Carlos. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal**. - Santiago : Ed. Jurídica de Chile, 1988 1

CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal**. Santiago : Ed. Jurídica de Chile, 1992 2

_____. **La ley penal blanco**. Bogotá: Editorial Temis S. A, 1988.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico: elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2006.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 60, p. 9-35., mai./jun. 2006.

DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In DE CARLI, Carla Veríssimo; MENDONÇA, Andrey Borges de (coords.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DELGADO LARA, Álvaro. **Las Leyes Penales en Blanco en la Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional (2005 - 2011)**. Disponível em: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2012/07/07-%C3%81lvaro-Delgado.pdf>. Acesso em 11.05.2018.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO, Fábio M. de. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Actualidad Penal**, Madrid, v. 1, n. 1, p. 1-22., jan. 2001.

DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. **Revista Penal**, Valencia, n. 13, p. 67-84, jan. 2004

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco**. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.

ENDERLE, Bettina. **Blankettstrafgesetze : verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen**. Frankfurt am Main ; Berlin ; Bern ; Wien [u.a.] : Lang, 2000.

ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de empresas motiva debates dentro e fora do Brasil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-31/heloisa-estellita-responsabilidade-penal-empresas-motiva-debates>. Acesso em 06.10.2017.

_____. **Exercício da advocacia e a nova regulação europeia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-21/heloisa-estellita-exercicio-advocacia-regulacao-europeia>. Acesso em 06.10.2017.

ESTELLITA, Heloísa; BASTOS, Frederico Silva. **Tax exchange of information and International cooperation in Brazil**. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/f9bd0e_b2dd1eba51754679a6ce93987ca76c37.pdf. Acesso em 06.10.2017.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; CAZABONNET, Brunna Laporte. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: manifestações no direito brasileiro e o advento da Lei n. 12.654/12**. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/artigos/o-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-manifestacoes-no-direito-brasileiro-e-o-advento-da-lei-no-12-65412>. Acesso em 05.05.2015.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 287, p. 12-14., out. 2016

FARIA, Aléxia Alvim Machado; BRODT, Luís Augusto Sanzo. Criminal compliance em lavagem de dinheiro: uma introdução conceitual e regulamentar. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites do poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FARIA COSTA, José de. A importância da recorrência no pensamento jurídico: um exemplo : a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: **DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários** : volume I - problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. Crime e Contra-ordenações. In: **Questões Laborais**. Editora Coimbra. Ano VIII. 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 7, p. 23-61., mai./ago. 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229-268., jan./fev. 2008.

FERNANDES, Luiz Gustavo. Criminalização versus administrativização: digressão dos instrumentos propostos pelos sistemas jurídicos mundiais no objetivo de coibir as infrações pós modernas. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula. **Estudos de direito público**. Campo Grande: Cepejus, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

_____. Criminalità e globalizzazione. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, 42 Esp, p. 79-89, jan./mar. 2003

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica e democracia no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro**

homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. 775 p., 24 cm. ISBN 978-85-62027-48-2. p. 729-739

FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 137-180., mar. 2017.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena.** 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: **Jornadas de Direito Criminal - O Novo Código Penal Português e Legislação complementar**, Fase I, Centro de Estudos Judiciários, págs. 317 e segs.

_____. **Direito Penal: Parte geral.** Tomo I. 2 ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2007.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: **DIREITO penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I - problemas gerais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 35-74.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.

_____. Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo direito penal económico português. In: **Estudios penales y criminológicos**, ISSN 1137-7550, Nº. 9, 1984-1985 , págs. 37-70.

FRAGOSO, Christiano. **Norma penal em branco – alguns aspectos processuais.** In: Boletim do IBCCRIM n. 145, Dezembro de 2004. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2794-Norma-penal-em-branco-alguns-aspectos-processuais. Acesso em 31.03.2015.

FRAGOSO, Heleno. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4a ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

FRISCH, Wolfgang. **Pena, delito y sistema del delito en Transformación**. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1065.pdf>. Acesso em 29.01.2018.

FRISCH, Wolfgang et al. **El Error en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. A instância administrativa e os crimes tributários. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 533-553.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 16, p. 63-103., 1993.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito penal**. São Paulo: Max Limonad: 1977.

GARCÍA, Pascual José. **La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público**. Disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/60_07.pdf. Acesso em 08.10.2016.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

_____. A sedução da liberdade frente à obsessão por segurança. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17, n. 76, jan-fev. 2009.

GOMES, Geraldo. Tóxicos: perplexidades geradas pelo critério da norma penal em branco. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 9-26., jan./fev. 1980.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por lei penal em branco ao avesso?** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/02/02/o-que-se-entende-por-lei-penal-em-branco-ao-avesso/>. Acesso em 03.05.2015.

GOMES, Luís Roberto. Crimes de pesca no direito brasileiro: aspectos fundamentais da proteção penal de peixes, crustáceos e moluscos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (org.). **Direito penal econômico e da empresa: doutrinas essenciais**. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 359—408

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 108-163., mai./jun. 2004.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Derecho administrativo sancionador (parte general). Teoría general y práctica del derecho penal administrativo**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 147-169.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o Direito Administrativo sancionador. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. 775 p., 24 cm. ISBN 978-85-62027-48-2. p. 741-752

_____. O compliance das pequenas e médias empresas: a realidade brasileira. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016.

_____. **Tóxicos: prevenção, repressão**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Luis. LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luis [et alii]. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o conceito de pessoas no direito penal brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pontes, 2014.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. - Rio de Janeiro : Ed. Lumen Juris, 2011

_____. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 14, 2006, n. 58. p. 152-194.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial. Volume III**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal**. São Paulo: Almedina, 2014.

GUILHERME, Vera Maria: **Quem tem medo do lobo mau? : a descriminalização do tráfico de drogas no Brasil - por uma perspectiva abolicionista**. Rio de Janeiro : Ed. Lumen Juris, 2013.

GUILLAUME, Marc. A competição das velocidades. In: In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (e outros). **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano 2, 2003, n. 8. p. 54-66.

_____. **Crítica del derecho penal de hoy**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. 118 p., 19 cm. (Estudios, 10).

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. **Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36, set./dez. 1991.

_____. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 9-20, jan./mar. 2008.

HASSEMER, Winfried. El derecho penal en los tempos de las modernas formas de criminalidad. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul [et. al.]. **Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

_____. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz. **Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 13, 49/52, p. 193-204, 1990

_____. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. **Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz**. Disponível em: <https://beckonline.beck.de/Print/CurrentMagazine?vpath=bibdata%5Czeits%5CNSTZ%5C1989%5Ccont%5CNSTZ.1989.553.1.htm&printdialogmode=%E2%80%A6>. Acesso em 29.11.2016.

_____. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1994.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEINE, Günter. **Accesoriedad administrativa en el derecho penal en el derecho penal del medio ambiente**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46426.pdf>. Acesso em 10.01.2018.

_____. **Elaboration of norms and the protection of the environment**. In: Duke Environmental Law & Policy Forum, Annual, 1992, Vol.2, p.106-121.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Conteúdo intelectual do dolo nos crimes ambientais: o problema do erro sobre a norma de complementação das leis penais em branco. In: BRODT, Luis Augusto Sanzo (org.). **Criminalidade econômica em debate**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2018.

HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Sobre o conceito e as classes das leis penais em branco e dos elementos em branco das leis penais. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. **Limites do poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 15-47.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JAKOBS, Günther: **Derecho penal del enemigo**. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2006.

_____. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência das normas? In: CALLEGARI, André; GIACOMOLLI, Nereu (org.). **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis: **La ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

_____. **Principios de derecho penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal : parte general**. 4 ed rev e ampl. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Lei antitóxicos, norma penal em branco e a questão do lança-perfume (cloreto de etila)**. In: Boletim do IBCCRIM n. 102, Maio de 2001. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/545-Lei-antitxicos-norma-penal-em-branco-e-a-questo-do-lana-perfume-cloreto-de-etila. Acesso em 31.03.2015.

JOACHIMSKI, Jupp, and. **Betäubungsmittelgesetz: BtMG ; Gesetz über Den Verkehr Mit Betäubungsmitteln in Der Fassung Vom 1.4.2000 Mit Ergänzenden Bestimmungen**. 7. Aufl. Stuttgart [u.a.]: Boorberg, 2002.

KADRI, Omar Francisco do Seixo. A força normativa do princípio do Estado de Direito Democrático frente ao acúmulo da função legislativa pelo poder executivo. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula. **Estudos de direito público**. Campo Grande: Cepejus, 2009.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. - Rio de Janeiro : Ed. Rio [u.a.], 1976.

KINDHÄUSER, Urs. Aumento de risco e diminuição de risco. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 20, n. 1, p. 11-39, jan./mar. 2010.

_____. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, mar./abr. 2012.

KÖRNER, Harald Hans; PATZAK, Jörn; VOLKMER, Mathias. **Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Grundstoffüberwachungsgesetz**. 8., neu bearbeitete Auflage. München: Beck, 2016.

KRELL, Andreas. **Discrecionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Alaor. **Vorsatz und Irrtum bezüglich der Pflichtwidrigkeit bei der Untreue (§266 StGB)**. GA – Goldammer's Archiv für Strafrecht, o. 517 e ss., 2015.

LESCH, Heiko Hartmut. El error de prohibición: fundamentos dogmáticos para su tratamiento; comprensión del injusto; formas bajo las cuales se presenta el error de prohibición y evitabilidad del mismo. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 3, 4/5, p. 235-274., 1997.

LESITSCHNIG, Otmar. **Von Der "Risikosoziologie" Zum "Umweltstrafrecht": Soziologische Risikotheorien Im Sinne Luhmanns Und Becks Und Deren Funktionalisierung Im "Umweltstrafrecht"**. Saarbrücken: VDM Verl. Dr. Müller, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: Algumas experiências latino-americanas e européias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LOPES, Anderson Bezerra. **Art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei nº 7.492/86: norma penal em branco, circulares bacen e sucessão de normas no tempo: possibilidade de retroatividade do complemento?** In: Boletim do IBCCRIM n. 195, Fevereiro de 2009. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3818-Art-22-pargrafo-nico-parte-final-da-Lei-n-749286-norma-penal-em-branco-circulares-bacen-e-sucesso-de-normas-no-tempo-possibilidade-de-retroatividade-do-complemento. Acesso em 31.03.2015.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. **Administrativização do direito penal econômico**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de4994a3a1ec0331>. Acesso em 20.04.2015.

LÜDERSSEN, Klaus. Die Parteispendenproblematik – Vorsatz und Irrtum. In: **Wistra**, 14. Jahrgang. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1983.

_____. **Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?** Festschrift Albin Eser, München (2005) S. 163 ff.

_____. Submissionabsprachen sind nicht eo ipso Betrug. In: **Wistra**, 6. Jahrgang. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz. **Sobre o conceito de contra-ordenação**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006.

LUZ, Denise. **O direito administrativo sancionador judicializado**. Curitiba: Juruá, 2014.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**. Madrid: editora Universitas, 1996.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 239-272, mar./abr. 2012

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**. São Paulo: saraiva, 1977.

MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. **Polít. crim.** Vol. 9, Nº 18 (Diciembre 2014), Art. 8, pp. 543-563. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A8.pdf]

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>>. Acesso em: 12 Dez. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v228.2002.46521>.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa. Parte general**. 5a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. La inflación del derecho penal y del derecho administrativo. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 6, p. 197-214., 1983.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da separação dos poderes: a autonomia dos legislativos municipais; limites da competência do Ministério Público;- preservação ambiental;- exercício do poder de polícia e concessões [Parecer]. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 22, p. 309-331., ago./nov. 1998.

MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente. In: **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, ISSN-e 1695-0194, Nº. 2, 2000.

MATA BARRANCO, Norberto J. de: **Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita** . 1. ed. Barcelona: Cedecs Ed., 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MESTRE DELGADO, Esteban. Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 41, n. 2, p. 503-527., mai./ago. 1988.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

MIR PUIG, Santiago. **Hacia un proceso penal menos garantista que el proceso administrativo sancionador?** Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909472.pdf>. Acesso em 10.04.2018.

MOCCIA, Sergio. **Das nicht gehaltene Versprechen: Bedeutung und Perspektiven des Grundsatzes der Bestimmtheit/Berechenbarkeit im italienischen Strafrecht**. Berlin:Lit Verlag, 2007.

MOLINÉ, José Cid. Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). **Revista de administración pública**, ISSN 0034-7639, N° 140, 1996, págs. 131-174.

MONGIN, Olivier. O desencantamento democrático. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (e outros). **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

MONTEIRO JÚNIOR, Francisco de Assis Rêgo. **(A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e consequências.** Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/720/676>. Acesso em 06.05.2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** Tradução: Pedro Vieira Mota. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTIEL, Juan Pablo. Estructuras analíticas del principio de legalidade. In: **InDret.** Num 1. 2007.

_____ (ed.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid: Marcial Pons, 2012.

MORAES, Ana Luísa Zago de. **Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil.** São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2016.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita: repensar a reforma e reformar o pensamento.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

_____. Complexidade e liberdade. In: **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo.** Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. Limitaciones del derecho penal del medio ambiente. In: MESQUITA, José Antônio. **A tutela jurídica do meio ambiente : presente e futuro: [actas das 1ª Jornadas Jurídicas Luso-Espanholas].** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOUTINHO, José Lobo. **Direito das Contra-ordenações: ensinar e investigar.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal - Parte General.** 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch: 1996.

NAIM, Moisés. **O fim do poder: nas salas de diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?** São Paulo: LeYa, 2013.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 122-146., jul./ago. 2006. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=1420>. Acesso em: 4 dez. 2017.

NAVES, José Paulo Micheletto. **Assessoriedade Administrativa e Erro no Direito Penal**. 2018. 180 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal comentado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves; DEZEM, Guilherme Madeira; DINIZ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano; VANZOLINI, Patricia; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Leis penais especiais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

O'FARRELL, Jorge E. Reflexiones sobre las leyes penales "en blanco" y la responsabilidad penal objetiva. **Revista jurídica argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010**, Buenos Aires, p. 1085-1100., 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; MACHADO, Ana Mara França. Alternativas não penais de política criminal anticorrupção: prevenção técnica e experiências internacionais. In: **ESTUDOS em homenagem a Vicente Greco Filho**. Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal. In: **DIREITO penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. Organização de Luís GRECO, António Carvalho MARTINS. Madrid: Marcial Pons, 2012.

PALERMO, Pablo Galain. Existe un nuevo modelo de regulación jurídica del cannabis? Cuestiones abiertas en el sistema jurídico de Uruguay. In: **Anatomia do crime**, n. 2, Julho-Dezembro/2015, Almedina.

PARGENDLER, Mariana. **The Rise and Decline of Legal Families**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975273. p. 4

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **Norma penal em branco: retroatividade benéfica**. In: Boletim do IBCCRIM n. 100, Março de 2001. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/572-Norma-penal-em-branco-retroatividade-benfica. Acesso em 31.03.2015.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1973.

PINTO, Inês Horta. Direito penal do ambiente: a complexa construção dos tipos, a acessoriedade administrativa e o défice de aplicação. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 1085-1123.

PLATT, Stephen. **Capitalismo Criminoso: como as instituições financeiras facilitam o crime**. São Paulo: Cultrix, 2017.

POZO, José Hurtado. Reforma penal, técnica legislativa y dogmática penal. In: DALBORA, José Luis Guzmán (coord.). **El penalista liberal**. Buenos aires: Hammurabi, 2004.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal**. Tese (Doutorado em Direito) - PUCRS, Fac. de Direito. Porto Alegre, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

_____. **Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRIGOGINE, Ilya. O reencantamento do mundo. In: **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

PRITTWITZ, Cornelius. El Derecho penal en la encrucijada: abolición, diversificación, volver a la razón o entrar en razón? In: **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: ARA Editores, 2008.

_____. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: DALBORA, José Luis Guzmán (coord.). **El penalista liberal**. Buenos aires: Hammurabi, 2004.

_____. O direito penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: **Revista brasileira de Ciências Criminais**. V. 47. Março-Abril de 2004.

_____. **Strafrecht Und Risiko: Untersuchungen Zur Krise Von Strafrecht Und Kriminalpolitik in Der Risikogesellschaft**. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.

PRUNOTTO LABORDE, Adolfo. Principio de legalidad. Alcances y precisiones. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 359-392., 2001.

QUEIROZ, Paulo. **Leis penais em branco e o princípio da reserva legal**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 31.03.2015.

_____. **Notas sobre a lei de drogas**. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/notas-sobre-a-lei-de-drogas/>. Acesso em 27.01.2017.

_____. **Tipos penais em branco e princípio da reserva legal**. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/tag/principio-da-reserva-legal/>. Acesso em 05.05.2015.

QUIJANO, Aníbal. **Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder**. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2014.

QUINZACARA, Eduardo Cordero. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. In: **Revista de Derecho**. Vol. XXV, n. 2. Diciembre, 2012. pp. 131-157.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RAMÍREZ, Juan Bustos (Director). **Pena y Estado: función simbólica de la pena**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____ (coord.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel e outros. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RESTANI, Diogo Alexandre. **Lei Antidrogas: norma penal em branco –utilidade**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 31.03.2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico - É legítimo? É necessário?. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 26, 1/4, p. 33-59., jan./dez. 2016.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 275-310.

ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (e outros). **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El error evitable de prohibición en el proyecto de 1980. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 34, 2/3, p. 739-767, mai./dez. 1981.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. In: **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, ISSN-e 1695-0194, N°. 15, 2013.

_____. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. In: **Revista para el Análisis del Derecho**, ISSN-e 1698-739X, N°. 4, 2012, 25 págs.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico**. Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 153-171.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235., jul./ago. 2010.

_____. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa, I. In: SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Norma penal e hermenêutica jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. São Paulo: LiberArs, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANT' ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: **DIREITO econômico: direito econômico regulatório**. Coordenação de Mario Gomes SCHAPIRO. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Acerca da possibilidade de utilização do critério de eficiência no direito penal. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 22-45., ago./set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2005.

SCALCON, Raquel Lima. **Avaliação de impacto legislativo - A prática europeia e suas lições para o Brasil**. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113.pdf. Acesso em 16.09.2017.

_____. **Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). **DIREITO econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHEERER, Sebastian. Prohibición de las drogas en sociedades abiertas. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 710 p., 23 cm. ISBN 978-85-8425-368-5. p. 379-392

_____. A punição deve existir! deve existir o direito penal?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, p.363-372, nov./dez. 2015

SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo, ou o que vem após o estado de direito?. In: ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fábio da Silva (Org.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**. Curitiba: LedZe, 2012.

_____. **Die Genese Der Betäubungsmittelgesetze in Der Bundesrepublik Deutschland Und in Den Niederlanden**. Göttingen: Schwartz, 1982.

_____. [Hrsg.]: **Drogen und Drogenpolitik : ein Handbuch**. Frankfurt a.M. [u.a.] : Campus Verl., 1989.

_____. El círculo de reforzamiento político-periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal. In: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2012, Issue 8, pp.403-410.

_____. ¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 13, n. 57, p.106-119, nov./dez. 2005

SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. Direito comparado: proibicionismo e alternativas. In: SEIBEL, Sérgio (org.). **Dependência de drogas**. 3 ed. São Paulo: Editora Atheneu. No prelo.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 49, n. 1, p.187-217, jan./abr. 1996.

_____. Las reglas de la técnica en derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 47, n. 3, p. 307-341., set./dez. 1994.

SEGARRA, Gabriela Carolina Gomes. **Algumas peculiaridades da Lei 8.137/1990**. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/188-Artigos. Acesso em 25.06.2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão Uma nova política de drogas é possível. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; ARANA, Xabier; CARDOSO, Franciele Silva; MIRANDA, Bartira Macedo de. **Drogas, desafios contemporâneos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. pp. 379-402.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza. Legalidade e direito penal econômico. Cinco Conclusões estruturantes. In: In: BRODT, Luis Augusto Sanzo (org.). **Criminalidade econômica em debate**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2018

_____. **O princípio da legalidade e o direito penal econômico: análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

_____. Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 3, 4/5, p. 121-151., 1997.

_____. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004.

_____. El populismo punitivo. In: **Escritura pública**, ISSN 1695-6508, Nº. 55, 2009 , pág. 15.

_____. Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "leyes en blanco". **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 16, p. 423-461., 1993.

_____. **¿Legalidad penal líquida?** Disponível em <http://www.indret.com/pdf/editorial.1.pdf>. Acesso em 09.09.2017.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 47, n. 186, p. 7-28., abr./jun. 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. As duas faces de janus: a criminalização e a descriminalização do direito ambiental. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século**. São Paulo: Método, 2001.

_____. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250., jul. 2016

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 25, p. 591-626., 2013.

SIRVINSKAS, Luís Prado. **Ainda sobre normas penais em branco e bem jurídico tutelado nos crimes ambientais**. In: Boletim do IBCCRIM n. 73, Dezembro de 1998. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1073-Ainda-sobre-normas-penais-em-branco-e-bem-juridico-tutelado-nos-crimes-ambientais. Acesso em 31.03.2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA MENDES, Paulo. **Vale a pena o direito penal do ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2000.

STRATENWERTH, Günther. Desenvolpos modernos del derecho penal en Europa Central. **Cuadernos de doutrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 4, 8A, p. 53-66, 1998.

_____. Tendencias y posibilidades de una reforma del derecho penal a propósito del ejemplo de la reforma alemana del derecho penal. **Doctrina Penal: Teoría y prática en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 2, 5/8, p. 489-506, 1979.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A criação de uma instância administrativa nacional**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/criacao-de-uma-instancia-administrativa-nacional-10012018?fb_action_ids=10215196751462356&fb_action_types=og.comments&fb_source=other_multiline&action_object_map=%5B1526295140819371%5D&action_type_map=%5B%22og.comments%22%5D&action_ref_map=%5B%5D. Acesso em 09.02.2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. A Administração Pública na Era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12.12.2017.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Crimes tributários: consumação, prescrição e a proposta da súmula vinculante n. 3 do Supremo Tribunal Federal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 197, p. 11., abr. 2009. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=70624>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. Impropriedades da súmula vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: **DIREITO penal econômico: questões atuais**. Coordenação de Alberto Silva FRANCO, Rafael de Souza LIRA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=102552>. Acesso em: 24 nov. 2017. p. 299-338.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2 ed. Belo horizonte: Del Rey editora, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97., jan./mar. 2002.

_____. **Wirtschaftsstrafrecht : Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten** - 3., aktualisierte und erg. Aufl.. - Köln : Heymann, 2010.

VILELA, Alexandra. **O direito de mera ordenação social: entre a ideia de “recorrência” e de “erosão” do Direito Penal Cássico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

VOLKMANN, Uwe. Qualifizierte Blankettnormen. **Zeitschrift für Rechtspolitik** 28. Jahrg., H. 6 (Juni 1995), pp. 220-226

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar (sociedad anónima editora, comercial industrial y financeira), 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZUÑIGA MORALES, Sandra Eugenia. Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad. **Revista de Derecho** No.8, 2004, pp.161-182.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador: hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001. (Homenajes). p. 1417-1444.