



REVISTA INCLUSIONES

NUEVA MIRADA SIGLO XXI

Revista de Humanidades y Ciencias Sociales

Volumen 8 . Número Especial

Enero / Marzo

2021

ISSN 0719-4706

CUERPO DIRECTIVO

Director

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda
Universidad Católica de Temuco, Chile

Editor

Alex Véliz Burgos
Obu-Chile, Chile

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo, Brasil

Editor Europa del Este

Dr. Alekzandar Ivanov Katrandhiev
Universidad Suroeste "Neofit Rilski", Bulgaria

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Lic. Graciela Pantigoso de Los Santos
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza
Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto
Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos
Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Francisco José Francisco Carrera
Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González
Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy
Universidad de La Serena, Chile

Mg. Cecilia Jofré Muñoz
Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya
Universidad Adventista de Chile, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach
Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín
Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio
Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero
Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Eleonora Pencheva
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira
Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga
Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona
Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra
Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz
Universidad del Salvador, Argentina

Ph. D. Stefan Todorov Kapralov
South West University, Bulgaria

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandía

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Antonio Hermosa Andújar

Universidad de Sevilla, España

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia

Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dr. Francisco Luis Girardo Gutiérrez

Instituto Tecnológico Metropolitano, Colombia

José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre

Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura

Instituto de Estudios Albacetenses "Don Juan Manuel", España

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Diálogos em MERCOSUR, Brasil

+ Dr. Álvaro Márquez-Fernández

Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa

Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

Dra. Yolando Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Dra. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

Instituto Universitario de Lisboa, Portugal

Centro de Estudios Africanos, Portugal

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y el Deporte,
Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Ph. D. Valentin Kitanov

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Perú

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. Vivian Romeu

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. María Laura Salinas

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

**REVISTA
INCLUSIONES** M.R.
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

Dr. Stefano Santasilia

Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dra. Jaqueline Vassallo

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

**CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL**

Dr. Evandro Viera Ouriques

Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez

Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec

Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:





REX



UNIVERSITY OF SASKATCHEWAN



Universidad de Concepción

BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN



A DESLEGALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: DISCUSSÕES DOGMÁTICAS
DELEGALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO: DISCUSIONES DOGMÁTICAS

Dra. Chiavelli Facenda Falavigno

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7264-2171>

chiavelli.falavigno@gmail.com

Fecha de Recepción: 22 de abril de 2020 – **Fecha Revisión:** 23 de mayo de 2020

Fecha de Aceptación: 11 de julio de 2020 – **Fecha de Publicación:** 01 de enero de 2021

Resumo

O objeto da presente pesquisa é o risco da deslegalização do direito penal, que consiste na excessiva complementação de normas penais por regulamentos e outras espécies normativas de natureza administrativa. Abrange-se, nesse trabalho, para além das normas penais em branco propriamente ditas, as demais formas de assessoriedade de características e consequências semelhantes, quais sejam, os elementos normativos do tipo, os tipos penais abertos e a assessoriedade do ato. Os objetivos da pesquisa são: a) constatar a ocorrência do fenômeno e conceitua-lo; b) aferir as principais causas em matéria de mudanças sociais e de política criminal que podem ter acarretado a necessidade cada vez maior da complementação administrativa da norma penal e c) verificar as consequências nefastas do fenômeno, sobremaneira em sede de garantias fundamentais. Para a superação da questão, a título de resultados parciais, buscam-se várias alternativas, fazendo-se uso de pensamento complexo e multidisciplinar e expondo-se as possibilidades da política criminal, com recortes de criminologia e jurisprudência – o que abrange a necessidade de processos de descriminalização e de modificações no procedimento legislativo brasileiro, como a introdução de estudos de impacto -, do direito administrativo - com a melhor delimitação de regras processuais nessa seara e a construção de um sistema sancionador integrado com o criminal – e da dogmática penal - com a criação de critérios para a adequação constitucional das normas complementadas. A metodologia utilizada é revisão bibliográfica e pesquisa legislativa.

Palavras-Chave

Política criminal – Complementação normativa – Violação de garantias

Resumen

El objeto de la presente investigación es el riesgo de delegalización del derecho penal, que consiste en la complementación excesiva de las normas penales por los reglamentos y otras especies normativas de carácter administrativo. Este trabajo, además de las propias normas penales en blanco, cubre otras formas de asesoramiento normativo con características y consecuencias similares, a saber, los elementos normativos del tipo, los tipos abiertos y el asesoramiento del acto administrativo. Los objetivos de la investigación son: a) verificar la ocurrencia del fenómeno y conceptuarlo; b) evaluar las principales causas en el cambio social y en la política penal que pueden haber llevado a la creciente necesidad de complementación administrativa de la norma penal, y c) verificar las consecuencias perjudiciales del fenómeno, especialmente en términos de garantías fundamentales. Para superar el problema, como resultados parciales, se buscan varias alternativas, haciendo uso del pensamiento complejo y multidisciplinario y exponiendo las posibilidades de la política criminal, con recortes de criminología y jurisprudencia - que abarca la necesidad de procesos

de despenalización y cambios en el procedimiento legislativo brasileño, como la introducción de estudios de impacto -, de derecho administrativo - con la mejor delimitación de las normas procesales en este área y la construcción de un sistema sancionador integrado con el penal - y dogmáticas - con la creación de criterios para la adecuación constitucional de las normas complementadas. La metodología utilizada es la revisión de la literatura y la investigación legislativa.

Palabras Claves

Política criminal – Complementación normativa – Incumplimiento de garantías

Para Citar este Artículo:

Falavigno, Chiavelli Facenda. A deslegalização no direito penal brasileiro: discussões dogmáticas. Revista Inclusiones Vol: 8 num Especial (2021): 70-82.

Licencia Creative Commons Attribution Non-Comercial 3.0 Unported
(CC BY-NC 3.0)

Licencia Internacional



Introdução

O direito penal é baseado no princípio da legalidade, por disposição expressa do Código Penal e também da Constituição Federal. No entanto, não é raro atualmente que o estudioso do direito se depare com normas penais incompletas, as quais exigem, para sua total compreensão, o conhecimento de outras leis ou mesmo de regras de natureza infralegal. Este fenômeno se manifesta com maior frequência em determinadas áreas, sobretudo aquelas que passaram a ser tuteladas pelo direito penal nos últimos anos, a saber, o meio ambiente e a economia.

Em que pese a clara vulneração da legalidade, grande parte da doutrina aceita como constitucionais ditas técnicas de reenvio. O problema se dá quando tal procedimento que deveria ser excepcional passa a permear diversos tipos de uma lei ou diversos elementos da norma, ocorrendo um verdadeiro processo de deslegalização, ou seja de transferência do conteúdo típico para outra espécie normativa que não a lei.

É nesse sentido que se impõe o debate sobre o uso do que se convencionou chamar assessoriedade administrativa do direito penal. Em que pese a assessoriedade possa ser observada tanto no direito penal quanto no processual penal, este trabalho se restringe aos seus aspectos normativos. A escolha do termo assessoriedade com esta grafia se dá por que, neste artigo, se entende que o direito administrativo assessora o direito penal, e não que este é um mero acessório daquele, conforme entende parte da doutrina, como Érika Mendes de Carvalho e Renato Mello Jorge da Silveira.

Em termos normativos, são muitas as formas de manifestação de dita técnica de reenvio, sendo a mais conhecida delas a chamada norma penal em branco. Contudo, mesmo os elementos normativos do tipo e os tipos penais abertos podem depender, para sua compreensão, de definição constante em regra administrativa. Ainda, há tipos que vinculam a ocorrência ou não da conduta criminalizada ao descumprimento de determinados atos administrativos específicos, como licenças e autorizações, configurando então a chamada assessoriedade do ato, que é bastante comum no direito penal ambiental.

A princípio, conforme já referido, o uso da norma complementada em matéria penal não traz, por si, uma violação de garantias insuperável, a menos que essa norma complementar passe a tomar o espaço próprio da lei penal, deslocando, por exemplo, a definição das condutas proibidas. É esse o exato ponto que se pretende discutir nessa pesquisa, que se propõe a analisar as causas e consequências do uso exacerbado da complementação legal, bem como algumas possibilidades de sua mitigação ou superação.

A deslegalização na doutrina brasileira

São muitas as formas de complementação normativa que podem ser observadas hoje no direito penal brasileiro, seja aquela que se dá por meio de outras leis, seja aquela feita com a referência a atos infr legais. Centrando-se no segundo ponto, o questionamento central desse tópico consiste em verificar se e como se encontra determinado na doutrina o preciso momento em que a norma deixa de ser materialmente emanada pelo Legislativo, passando a Administração a exercer função legiferante, ou seja, a determinar os elementos centrais da moldura típica.

Em prévia pesquisa doutrinária, pode-se observar que são poucos os autores que se debruçam sobre esse ponto bastante controverso da complementação legal. À exceção

de investigações acadêmicas que tenham como objeto a assessoriedade administrativa em si, a maior parte dos livros e manuais jurídicos se resume a definir o que é norma em branco, listando diversas classificações que pouco ou nada acrescentam à concepção crítica do instituto.

Segundo Aníbal Bruno, é certo que a disposição legislativa que necessita de complemento deve trazer uma proibição; porém, essa poderia ser enunciada de forma genérica. A norma integradora, no entanto, ainda que estabeleça as condições ou circunstâncias que complementam o tipo, não deve, por si, determinar o preceito principal. Por emanar de fonte subsidiária, ela 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.”¹

Magalhães Noronha, por sua vez, em concordância com o pensamento de Jimenez de Asúa,² 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 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.³

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.”⁴

Pode-se observar, portanto, que a doutrina tradicional, em sua maioria, tende a reconhecer a necessidade de uma limitação em termos do que pode ou não ser delegado à norma complementadora, sobretudo no que tange às chamadas leis em branco heterônomas ou próprias, que são as que se utilizam de complemento oriundo de outra esfera de Poder que não o Legislativo. A doutrina administrativa, por sua vez, ao elencar os atos por seu conteúdo ou forma,⁵ não apresenta qualquer ressalva a respeito daqueles que possam ou não vir a servir como complemento de uma lei penal.

¹ Aníbal Bruno, *Direito Penal: parte geral*, Tomo 1 (Rio de Janeiro: Forense, 1978), 205

² Luis Jimenez de Asúa, *La ley y el delito* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), 95.

³ Edgard Magalhães Noronha, *Direito Penal* (São Paulo: Saraiva, 1977), 59.

⁴ Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 3 ed. (São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002), 146

⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*. 27 ed. (São Paulo: Atlas 2014), 349

Da mesma forma, não se encontra delimitado em legislação nem assente na jurisprudência brasileira quais seriam os limites dentre as possibilidades de complementação. Assim, o que se observa na prática legal é a constante utilização dessa técnica legislativa originariamente excepcional, seja pelo número de tipos ou de elementos remetidos em cada tipo, sobremaneira na proteção de alguns bens jurídicos específicos, conforme se passa a analisar.

As causas do uso excessivo de complementação legal: os ditos novos bens jurídicos

Pode-se, a partir do que foi exposto, iniciar uma discussão sobre um instituto basilar em matéria de direito penal brasileiro, qual seja, o bem jurídico. É essencial que se constate que o fenômeno da deslegalização, consistente no uso excessivo de complementação administrativa, não acontece de forma equitativa em todas as matérias que sofrem a incidência do direito penal. Em que pese se possam observar normas com reenvio que datam da redação originária do Código Penal pátrio, existem, sim, searas específicas nas quais se o Legislador parece sentir uma maior necessidade de recorrer a normas incompletas. Tais áreas chamam a atenção se analisadas sob o viés do bem jurídico protegido.

Basta observar alguns tipos penais da Lei 7.492 ou da Lei 9.605 para se constatar que essas são, sem dúvida, matérias que necessitam de ampla regulação administrativa. Afinal, tanto o direito penal econômico quanto o direito penal ambiental fazem uso de preceitos bastante técnicos para delimitar os aspectos centrais do bem jurídico protegido. Ademais, ambos os ditos bens possuem como característica a constante mutação, seja por causas naturais, como é o caso do meio ambiente, seja por causas artificiais, como ocorre à economia.

O advento do chamado direito penal do risco expandiu as criminalizações nessas searas, o que se convencionou chamar de espiritualização ou desmaterialização do bem jurídico. Valores ditos coletivos ou transindividuais passaram a ser protegidos pela norma penal e, por já se encontrarem, na maioria dos casos, bastante regulados administrativamente, acarretaram uma consequência bastante óbvia: a necessidade de que esta regulação, muitas vezes definidora do bem, passasse a fazer parte dos tipos penais construídos.

Outra matéria que apresenta o uso exacerbado de assessoriedade é o chamado direito penal de drogas. Nesse ponto, conforme denunciam Sebastian Scheerer e Luis Carlos Valois,⁶ se faz sentir a influência de políticas criminais estrangeiras, as quais foram internalizadas pelo Brasil por meio de Tratados Internacionais. Tais obrigações assumidas deixam o Estado brasileiro à mercê de listagens de substâncias feitas em agências estrangeiras, as quais são replicadas sem possibilidade de redução – mas sim de extensão – por órgãos administrativos nacionais. Não se pode deixar de salientar que, para além da questão normativa, a pouca discricionariedade do país em determinar como e o que fará parte de sua política criminal de drogas vem ocasionando verdadeiro genocídio da população mais pobre, uma vez que, nesse caso, a amplitude da norma se soma com a seletividade que é típica do funcionamento de instituições penais.

Por fim, a ausência de uma ciência da legislação – jurisprudência - desenvolvida e da discussão de técnicas legislativas em matéria penal contribui para uma total falta de

⁶ Sebastian Scheerer e Luis Carlos Valois, Direito comparado: proibicionismo e alternativas. No prelo.

regulação no setor que, ademais, é impulsionado por pressões populares e midiáticas que associam direito penal excessivo e arbitrário a incremento de segurança pública.

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, ainda, operações intermediárias, diversos atores e pressões, o que culminaria na criação de uma lei, no caso, penal.⁷

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.⁸ 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, o que se dá, na prática, com grande influência de questões sociais e raciais.

Em termos de violações de garantias, são muitas as consequências que podem advir da norma excessivamente complementada, sobremaneira no que tange ao descumprimento de princípios que norteiam o direito penal e sua natureza minimalista. É nesse sentido que se passa, então, a realizar a análise do próximo tópico.

As consequências da deslegalização.

São muitas as consequências do uso exacerbado e desregrado de normas em branco e outras técnicas de reenvio normativo, principalmente no que tange à violação de princípios basilares da ciência penal. Por óbvio que essa discussão não pode dar-se sem a referência à inadequação de muitas formas de regulação pensadas de forma tradicional, como o direito penal e sua dogmática clássica, às novas formas de violência no contexto de aceleração da sociedade atual. No curto espaço deste trabalho, se analisarão brevemente as consequências tidas como mais gravosas, quais delas: o desvio no bem jurídico tutelado pela norma, a violação da legalidade tanto pela mudança na competência legislativa quanto pela vulneração da taxatividade da norma, a ocorrência indiscriminada de erro, a sobreposição de matéria penal e administrativa e a perda de efetividade da norma como um todo, redundando em direito penal simbólico.

O desvio no bem jurídico tutelado

Sabe-se que o direito penal brasileiro se baseia no sistema de exclusiva proteção de bens jurídicos de terceiro, sendo esta análise essencial à confecção e à manutenção da norma criminalizadora. Assim, dúvidas sobre a real tutela do bem jurídico anunciado colocam em xeque a legitimidade do tipo penal, que passa a ostentar constitucionalidade duvidosa.

⁷ Luiz Guilherme Mendes de Paiva, “A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil”, em Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior eds., Janaína Conceição Paschoal e Renato de Mello Jorge Silveira (Rio de Janeiro: G/Z, 2014), 363.

⁸ Luiz Guilherme Mendes de Paiva, “A política legislativa e a racionalidade... 366.

Por constituir valor de importância ímpar, o bem jurídico elegido pelo legislador merece, em detrimento de outros, proteção a ser feita por meio do direito penal, instrumento mais gravoso de todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, ele é, sim, elemento que justifica e ampara a existência da norma. A forma com que a lei penal é confeccionada expressa, por sua vez, as ideias de política criminal adotadas pelo legislador e seus reais objetivos.

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.⁹

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,¹⁰ 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 referida na introdução deste trabalho como assessoriedade do ato, ou seja, aquela que da azo a normas que criminalizam o descumprimento de licenças e autorizações. 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.

A mudança na competência legislativa

No presente tópico e no subsequente, centra-se o debate no princípio da legalidade, especialmente em duas de suas vertentes, quais sejam, a reserva legal e a taxatividade. No que tange à primeira delas, 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.

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.¹¹ 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.

⁹ Helena Regina Lobo da Costa, *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito* (São Paulo: Saraiva, 2010), 1.

¹⁰ 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.

¹¹ Frederico Horta, *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco* (São Paulo: Marcial Pons, 2016), 95.

A violação da taxatividade

Ainda sob o aspecto da legalidade, a 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, que são seus destinatários, 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,¹² e os demais operadores do direito, que atuam na prática forense fazendo uso de dita lei em suas alegações.

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 exige cada vez mais o uso de conceitos vagos e indeterminados, em uma tentativa de emprestar à norma velocidade semelhante ao fato social.¹³

Nesse sentido, o que pode se observar nas normas com reenvio, sobretudo no caso do uso exacerbado de elementos normativos e na construção de tipos abertos, é um mandamento quase genérico de proibição, que não permite ao cidadão uma previsão real sobre o que está ou não abrangido pela norma sancionadora, conforme se pode observar na famigerada gestão temerária da Lei 7.492. São muitos os casos em que o destinatário se guia mais por mandamentos éticos gerais de conduta do que pelo texto propriamente dito da lei penal.

A ocorrência indiscriminada de erro

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,¹⁴ o que deveria, em todo e qualquer caso prático, afastar a incidência da culpabilidade, acarretando a não punição. Tal consequência decorre diretamente da questão apontada no tópico acima, qual seja, a ausência de taxatividade dos tipos.

O uso excessivo de complementações, bem como a técnica de remissões em cadeia, dificulta o conhecimento real do mandamento proibitivo, uma vez que o conteúdo da lei penal em branco só poderá ser auferido por meio do pleno conhecimento da farta regulação administrativa que a complementa.

¹² Fábio André Guaragni e Marion Bach, *Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal* (São Paulo: Almedina, 2014), 140

¹³ Fábio André Guaragni e Marion Bach, *Norma Penal em Branco...* 242.

¹⁴ Não se ignora a discussão existente na doutrina a respeito da classificação de erro como de tipo ou de proibição nos casos de assessoriedade, a qual não se adentrará no curto espaço desse artigo, fazendo-se remissão à obra completa de nossa autoria sobre o tema, qual seja, “A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro”.

A sobreposição de matéria penal e administrativa

Como já se referiu brevemente ao longo desse trabalho, são muitos os problemas decorrentes da má delimitação existente entre o direito penal e o direito administrativo no ordenamento brasileiro, seus âmbitos de atuação, as peculiaridades de suas sanções, etc. A ausência de definição sobre a natureza do ilícito penal e do ilícito administrativo,¹⁵ 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.

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.”¹⁶

Nestes novos ramos, sobretudo no direito penal econômico e ambiental, há incidência de norma punitiva em matérias que já eram bastante reguladas por outros setores, principalmente o administrativo. Assim, como já referido, a norma penal atua sobre atividade 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, bem como sistemas paralelos que não se relacionam de forma a minimizar, mas a exacerbar a punição.

Além disso, insta salientar que são muitos os problemas processuais decorrentes da má delimitação entre as esferas, o que acarreta o uso de todo o procedimento administrativo como prova no processo penal, ainda que naquele setor as garantias de contraditório e defesa sejam muito mais limitadas que neste. Ainda, se pode questionar o arrolamento de fiscais, como no caso dos crimes tributários, como testemunhas no âmbito penal, uma vez que estes seriam parte do sujeito passivo do crime apurado, não podendo falar-se em imparcialidade daquele que lavrou o auto técnico que deu origem a todo o procedimento investigativo.

A perda da efetividade da norma como um todo

Diante de todo o exposto, é essencial que se relate, por fim, no que redundava a ocorrência de demasiados problemas de legitimidade e efetividade do direito penal excessivamente complementado por disposições administrativas.

¹⁵ 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.

¹⁶ Helena Regina Lobo da Costa, “Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada” (Tese de Livre docência, Universidade de São Paulo, 2013), 113

A 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,¹⁷ 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.

Conforme Ana Elisa Liberatore Bechara:

“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.”¹⁸

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:

“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.”¹⁹

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.²⁰

O uso da tutela penal, nesse contexto, resulta, muitas vezes, na construção de um sem número de tipos penais meramente simbólicos, os quais servem apenas à inflação legal, dificultando o conhecimento da norma. Explique-se: se o destinatário não conhece de

¹⁷ Enrique Cury Urzúa, *Derecho penal* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1992), 61.

¹⁸ Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, “Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo” (Tese de Titularidade, Universidade de São Paulo, 2017), 125

¹⁹ Helena Regina Lobo da Costa, *Proteção penal ambiental...* 83

²⁰ Dulce María Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000), 22.

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 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.

As possibilidades de superação do fenômeno: discussões interdisciplinares.

O objetivo desse subtítulo é propor várias medidas que, combinadas, possam solucionar algumas das consequências nefastas apontadas neste trabalho ou, ao menos, mitigar seus efeitos. Salienta-se que, para pensar o problema proposto, se faz necessário o uso de um olhar interdisciplinar, que busque abordar as mais diversas questões envolvidas em termos de ciências criminais e também de política legislativa.

No que tange à política criminal e à criminologia, se propõe o aprofundamento dos 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, deve-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, pode-se pensar em uma criteriosa 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. Demanda que deixa a questão de se tal intervenção deve impreterivelmente dar-se pela via penal.

Importante, no entanto, salientar que qualquer expansão do setor administrativo sancionador deve vir acompanhada de um repensar do processo e do procedimento na

área, sob pena de ocorrer um mero deslocamento do campo em que ocorrem 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 nesse trabalho. Importante mencionar que muitos tribunais constitucionais já se manifestaram expressamente sobre a questão, como o espanhol, o chileno e o peruano. Nesse ponto, ademais, aceita-se 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.

Tais mudanças devem passar por alguns passos, como a proibição de remissões em cadeia, a necessidade da definição de elementos centrais do tipo pela lei penal, a mitigação das remissões dinâmicas, a definição do órgão complementador e da hierarquia do ato que pode complementar uma lei penal, etc. A necessidade de remissão recíproca e expressa e o exame de legalidade do ato administrativo também podem contribuir para a diminuição da ocorrência do erro e de violações à taxatividade, respectivamente.²¹

Assim, é essencial que se faça dois movimentos: a) a redução do uso do direito penal e, por consequência, 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 acarretará mudanças que levem ao aprimoramento das formas de reenvio normativo existentes e do processo legislativo em matéria penal como um todo.

Considerações finais

As intersecções entre dogmática penal e política legislativa ainda são muito limitadas no Brasil, em que pese a existência de estudos que busquem interligar esses setores em diversos países, como Espanha, Alemanha e Itália. A lei é, ainda, a principal fonte de direito penal, e não se pode falar em uma aplicação previsível e adequada de uma norma com problemas de redação, compatibilidade constitucional, definição precisa de valores protegidos, etc.

A assessoriedade administrativa é, hoje, uma realidade do ordenamento punitivo pátrio, sendo essencial que os estudiosos do direito se debrucem sobre o fenômeno e busquem encontrar as melhores soluções para os problemas que se apresentam a partir dele.

Referências

Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva. “Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo”. Tese Titularidade, Universidade de São Paulo, 2017.

²¹ Deixa-se de aprofundar tais propostas em razão dos limites desse trabalho, referindo-se novamente a pesquisa completa que se encontra publicada na nossa obra “A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro”.

- Bruno, Aníbal. Direito Penal: parte geral, Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense. 1978.
- Costa, Helena Regina Lobo da. “Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada”. Tese Livre docência, Universidade de São Paulo, 2013.
- Costa, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva. 2010.
- Cury Urzúa, Enrique. Derecho penal. Santiago: Ed. Jurídica de Chile. 1992.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas. 2014.
- Guaragni, Fábio André e Marion Bach. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. São Paulo: Almedina. 2014.
- 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.
- Jimenez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1990.
- Magalhães Noronha, Edgard. Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 1977.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31 ed. São Paulo: Malheiros. 2014.
- Paiva, Luiz Guilherme Mendes de. “A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil”. Em: Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior, editado por Janaína Conceição Paschoal e Renato de Mello Jorge Silveira. Rio de Janeiro: G/Z. 2014.
- Prado, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2002.
- Santana Vega, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. Buenos Aires: Ad-Hoc. 2000.
- Scheerer, Sebastian e Luis Carlos Valois. Direito comparado: proibicionismo e alternativas. No prelo.