

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THAIS MARIA ROCHA VIZIOLI

**O DIREITO PENAL FRENTE AO FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO DE
NORMAS**

ARACRUZ

2020

THAIS MARIA ROCHA VIZIOLI

**O DIREITO PENAL FRENTE AO FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO DE
NORMAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ, como requisito parcial necessário para obtenção do título de bacharel em Direito. Orientador: Professor Dolivar Gonçalves Júnior.

ARACRUZ

2020

ERRATA

VIZIOLI, T. M. R. **O direito penal frente ao fenômeno da deslegalização de normas**. 2020. 43. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdades Integradas de Aracruz, Aracruz, 2020.

Folha	Linha	Onde se lê	Leia-se
13	2-10	O cenário jurídico brasileiro se apresenta diante de uma discussão e descumprimento de regras e princípios do direito penal clássico, evidenciado principalmente por uma política de máxima efetivação da disciplina, quando se defende sua aplicação em <i>prima ratio</i> , sem a devida reflexão sobre o limite de alteração das leis e as peculiaridades de tal ramo. Tais conjecturas caminham em sentido oposto ao trabalho exercido na doutrina de se debruçar reiterada e sistematicamente no conteúdo lecionado na parte geral do âmbito penal, de modo a compreender a base da ciência criminal e sua incidência na sociedade, para preservar os bens juridicamente tutelados.	Ao analisar o estudo do Direito Penal, imperioso compreender o contexto social que este está inserido, qual seja, em um cenário pós sociedade global que trouxe, junto a seus avanços, diversas indeterminações, riscos e inseguranças (ROBALDO, 2002), mobilizando a estrutura de um direito penal contemporâneo, que não apenas trata da proteção dos direitos subjetivos e garantia contra a intervenção estatal mas sim, atinge a sociedade, no intuito de assegurar e contemplar com maior extensão os delitos praticados em desfavor dos direitos coletivos.
13	11-18	No mesmo sentido, depara-se com o Direito Penal construído por diversas temáticas, em muitas vezes, não inerentes à natureza desse ramo,	Apesar de se identificar vantagens à sociedade, quando observada a ampliação dos bens jurídicos tutelados, denota-se que “o direito penal

		<p>expandindo seus limites e aplicação, ou seja, com a própria banalização da disciplina e suas próprias políticas, conhecido como expansionismo do Direito Penal e perceptível quando se averigua a disciplina dotada de características do Direito Administrativo, com direitos voltados à prevenção e gestão de problemas coletivos. (SANCHEZ, 2002). Isto é, o ramo penal acaba por utilizado indiscriminadamente, sem as devidas tutelas necessárias, tutelando conteúdos que poderiam ser abarcados por outras disciplinas.</p>	<p>contemporâneo tem colocado à prova, reiteradamente, princípios, regras, institutos e conceitos do denominado direito penal clássico” (COSTA, apud, FALAVIGNO, 2020a), de modo a requerer a sua aplicação em <i>prima ratio</i>, sem refletir acerca dos limites de alteração desse ramo. Exemplo disto, cita-se a relativização do princípio da legalidade e suas incidências, a transferência, pelo Poder Legislativo, de competência legislativa penal ao Poder Executivo, através da reiterada complementação de normas penais incriminadoras¹.</p>
13	19-26	<p>Ainda, se denota problemas inerentes à concepção e “relativização do princípio da legalidade em algumas de suas esferas de incidência” (FALAVIGNO, 2020a) vislumbrada também por meio da exacerbação das normas, quando o Poder Legislativo abre mão de suas atribuições, carecendo de legislações mais concisas e precisas, de modo a</p>	<p>No mesmo sentido, depara-se com o Direito Penal construído por diversas temáticas, em muitas vezes, não inerentes à sua natureza, expandindo seus limites e aplicação, ou seja, com a própria banalização da disciplina e suas próprias políticas, conhecido como expansionismo do Direito Penal e perceptível quando se averigua a disciplina dotada de</p>

¹ Entende-se por norma penal incriminadora a que detêm a função de definir as infrações penais. (FALAVIGNO, 2020a, p. 40)

		<p>conceder regulamentações e complementação legal por meio de atos administrativos, decretos, portarias, autorizações, licenças. Dessa forma, vislumbramos a atuação mais enfática do Poder Executivo para determinar as complementações, por meio da administrativização.</p>	<p>características do Direito Administrativo, com direitos voltados à prevenção e gestão de problemas coletivos. (SANCHEZ, 2002). Isto é, o ramo penal acaba por utilizado indiscriminadamente, sem as devidas tutelas necessárias, tutelando conteúdos que poderiam ser abarcados por outras disciplinas.</p>
13	27-30	<p>Os citados fatores instigam ao discente da disciplina de direito penal uma melhor transparência dos aspectos adiante abordados, para estabelecer mais parâmetro e compreensão, quiçá harmonia, do conteúdo outrora estudado e a prática de política legislativa, consoante a natureza do direito penal.</p>	<p>Ainda, se denota problemas inerentes à concepção e “relativização do princípio da legalidade em algumas de suas esferas de incidência” (FALAVIGNO, 2020a) vislumbrada também por meio da exacerbação das normas, quando o Poder Legislativo abre mão de suas atribuições, carecendo de legislações mais concisas e precisas, de modo a conceder regulamentações e complementação legal por meio de atos administrativos, decretos, portarias, autorizações, licenças. Dessa forma, denota-se a atuação mais enfática do Poder Executivo para determinar as complementações, por meio da administrativização.</p>

14	1-7	<p>Deste modo, para melhor didática e abordagem, no primeiro capítulo será realizada breve explanação e panorama sobre a temática; após, será tratado sobre a lei penal no ordenamento jurídico brasileiro, associada à finalidade que são inerentes, a seleção dos bens jurídicos penais e da intervenção mínima, bem como do princípio legalidade e da normal penal em branco. No terceiro capítulo, explanado o fenômeno da deslegalização e a incidência da complementação administrativa, além de demonstradas suas incidências nos diversos ramos do direito penal.</p>	<p>Os citados fatores instigam ao discente da disciplina de direito penal uma melhor transparência dos aspectos adiante abordados, para estabelecer mais parâmetro e compreensão, quiçá harmonia, do conteúdo outrora estudado e a prática de política legislativa, consoante a natureza do direito penal.</p> <p>Deste modo, para melhor didática e abordagem, no primeiro capítulo será realizada breve explanação e panorama sobre a temática; após, será tratado sobre a lei penal no ordenamento jurídico brasileiro, associada à finalidade que são inerentes, a seleção dos bens jurídicos penais e da intervenção mínima, bem como do princípio legalidade e da normal penal em branco. No terceiro capítulo, explanado o fenômeno da deslegalização e a incidência da complementação administrativa, além de demonstradas suas incidências nos diversos ramos do Direito Penal.</p>
16	9-12	<p>No mesmo sentido, depara-se com o direito penal construído por diversas temáticas, em muitas vezes, não inerentes à</p>	<p>Outrossim, importa destacar que a criação de novos bens jurídicos, muitos classificados como coletivos ou difusos, os</p>

		natureza desse ramo, expandindo seus limites e aplicação, ou seja, com a própria banalização da disciplina e suas próprias políticas.	quais originam de uma compreensão da criminalidade na sociedade pós-industrial, como os crimes das zonas de livre comércio e econômicos, tem contribuído para a crescente tipificação por meio de técnicas legislativas que fazem uso da assessoriedade administrativa.
16	13-17	Ainda, se denota problemas inerentes à concepção de legalidade e a exacerbação das normas, quando o Poder Legislativo abre mão de suas competências, carecendo de legislações mais concisas e precisas, de modo a conceder regulamentações e complementação legal por meio de atos administrativos, decretos.	Passa-se, no tópico seguinte, a explanar acerca dos elementos conceituais das ciências criminais do ordenamento jurídico brasileiro para que contribua no entendimento do cerne referente à problemática da técnica legiferante da transferência da definição e determinação dos elementos basilares do direito penal para outra espécie normativa ² .
16	18-28	Dessa forma, vislumbramos a atuação mais enfática do Poder Executivo para determinar as complementações, por meio da administrativização, bem como de uma espécie de “habilidade interpretativa” do Poder	

² FALAVIGNO. Chiavelli Facenda. A deslegalização do direito penal. P. 25.

		<p>Judiciário, que é “concedida” por meio das interpretações criativas.</p> <p>Os citados fatores instigam ao discente da disciplina de direito penal uma melhor transparência dos aspectos adiante abordados, para estabelecer mais parâmetro e compreensão, quiçá harmonia, do conteúdo outrora estudado e a prática de política legislativa.</p> <p>Passa-se, no tópico seguinte, a explanar acerca dos elementos conceituais das ciências criminais do ordenamento jurídico brasileiro para que contribua no entendimento do cerne referente à problemática da técnica legiferante da</p>	
17	1-2	transferência da definição e determinação dos elementos basilares do direito penal para outra espécie normativa.	

THAIS MARIA ROCHA VIZIOLI

**O DIREITO PENAL FRENTE AO FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO DE
NORMAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito das
Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ,
como requisito parcial necessário para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Esp. Dolivar Gonçalves Júnior (Orientador)

Me. Horácio Aguilar

Me. Ronaldo Felix

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata sobre a problemática do fenômeno da deslegalização do direito penal frente aos atos administrativos, sobretudo quando da exacerbada técnica dos tipos penais em branco. Para melhor compreensão do estudo, imperioso retomar conceitos basilares do Direito Penal, porquanto, a tarefa será levada a efeito através de breve explanação e panorama sobre a temática; por conseguinte, buscar-se-á tratar da lei penal no ordenamento jurídico brasileiro, associada à finalidade que são inerentes, a seleção dos bens jurídicos penais e da intervenção mínima, bem como do princípio legalidade e da normal penal em branco. Ainda, será tratado o fenômeno da deslegalização e a incidência da complementação administrativa, além de demonstradas suas incidências nos diversos ramos do direito penal. Por fim, abordar-se-á os fatores e demais consequências do fenômeno da deslegalização em matéria penal. Quanto ao procedimento metodológico, valeu-se o trabalho da pesquisa teórica, de forma que os institutos foram abordados sob o panorama da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Palavras-chave: Lei penal em branco. Deslegalização penal. Assessoriedade administrativa.

ABSTRACT

The present work of completion of the course deals with the problem of the phenomenon of the delegalization of criminal law in the face of administrative acts, especially when the technique of blank criminal types is exacerbated. For a better understanding of the study, it is imperative to resume basic concepts of criminal law, because the task will be carried out in the following four chapters: in the first, a brief explanation and overview on the theme will be made; therefore, it will seek to deal with criminal law in the Brazilian legal system, associated with the purpose that are inherent, the selection of criminal legal assets and the minimum intervention, as well as the legality principle and the normal blank criminal. In the third chapter, the phenomenon of delegalization and the incidence of administrative complementation will be addressed, in addition to demonstrating its impact on the various branches of criminal law. Finally, in the last chapter, the factors and other consequences of the phenomenon of delegalization in criminal matters will be addressed. Regarding the methodological procedure, the work of theoretical research was used, so that the institutes were approached from the landscape of legislation, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Blank criminal law. Criminal delegalization. Administrative assessment.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. PANORAMA GERAL	15
3. A LEI PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
3.1 A FINALIDADE DO DIREITO PENAL, SELEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS PENAIS E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	17
3.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	19
3.3 A NORMA PENAL EM BRANCO.....	21
4. O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO DA NORMA PENAL	25
5. FATORES E CONSEQUENTES DO FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO	34
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	39

1. INTRODUÇÃO

O cenário jurídico brasileiro se apresenta diante de uma discussão e descumprimento de regras e princípios do direito penal clássico, evidenciado principalmente por uma política de máxima efetivação da disciplina, quando se defende sua aplicação em *prima ratio*, sem a devida reflexão sobre o limite de alteração das leis e as peculiaridades de tal ramo. Tais conjecturas caminham em sentido oposto ao trabalho exercido na doutrina de se debruçar reiterada e sistematicamente no conteúdo lecionado na parte geral do âmbito penal, de modo a compreender a base da ciência criminal e sua incidência na sociedade, para preservar os bens juridicamente tutelados.

No mesmo sentido, depara-se com o Direito Penal construído por diversas temáticas, em muitas vezes, não inerentes à natureza desse ramo, expandindo seus limites e aplicação, ou seja, com a própria banalização da disciplina e suas próprias políticas, conhecido como expansionismo do Direito Penal e perceptível quando se averigua a disciplina dotada de características do Direito Administrativo, com direitos voltados à prevenção e gestão de problemas coletivos. (SANCHEZ, 2002). Isto é, o ramo penal acaba por utilizado indiscriminadamente, sem as devidas tutelas necessárias, tutelando conteúdos que poderiam ser abarcados por outras disciplinas.

Ainda, se denota problemas inerentes à concepção e “relativização do princípio da legalidade em algumas de suas esferas de incidência” (FALAVIGNO, 2020a) vislumbrada também por meio da exacerbação das normas, quando o Poder Legislativo abre mão de suas atribuições, carecendo de legislações mais concisas e precisas, de modo a conceder regulamentações e complementação legal por meio de atos administrativos, decretos, portarias, autorizações, licenças. Dessa forma, vislumbramos a atuação mais enfática do Poder Executivo para determinar as complementações, por meio da administrativização.

Os citados fatores instigam ao discente da disciplina de direito penal uma melhor transparência dos aspectos adiante abordados, para estabelecer mais parâmetro e compreensão, quiçá harmonia, do conteúdo outrora estudado e a prática de política legislativa, consoante a natureza do direito penal.

Deste modo, para melhor didática e abordagem, no primeiro capítulo será realizada breve explanação e panorama sobre a temática; após, será tratado sobre a lei penal no ordenamento jurídico brasileiro, associada à finalidade que são inerentes, a seleção dos bens jurídicos penais e da intervenção mínima, bem como do princípio legalidade e da normal penal em branco. No terceiro capítulo, explanado o fenômeno da deslegalização e a incidência da complementação administrativa, além de demonstradas suas incidências nos diversos ramos do direito penal.

2. PANORAMA GERAL

O Direito Penal deve ser compreendido como ciência jurídica que regula a atuação estatal frente aos crimes, com a definição de quais são os fatos punitivos e suas sanções. Neste sentido, se entende por uma disciplina fundamentada, precipuamente, no princípio da legalidade e na *ultima ratio*, de modo a garantir que não há crime sem lei que o defina (com os fundamentos de taxatividade, certeza ou determinação e em situações necessárias) e com a devida restrição dos bens juridicamente tutelados, invocado apenas quando os demais ramos do direito tiverem falhado.

Identifica-se no ordenamento jurídico a promulgação de normas penais classificadas como em branco, que determinam apenas a sanção sem a descrição do preceito, de modo a remeter a outra norma para complementação. As mesmas podem ser perceptíveis como flexíveis, tendo em vista a modificação da proibição penal por processo menos complexo comparado à sanção de leis.

Outrossim, a partir de tais complementações realizadas por meio de demais instrumentos legais hierarquicamente inferiores e, tratando-se o Direito Penal de punição inerente ao direito de liberdade, a inquirição se faz mediante o cenário de relativização do princípio da legalidade, para estabelecer como o fenômeno da complementação administrativa de normas penais tem se apresentado no âmbito criminal e, também, contribuído para a deturpação da referida disciplina.

Por conseguinte, deve-se relacionar como os fenômenos da profusão e ampliação dos limites do Direito Penal têm contribuído para a distorção desta ciência.

Consequentemente, indaga-se como deve atribuir, novamente, e garantir que o Direito Penal seja aplicado com fundamentos no princípio de *ultima ratio* e da legalidade, de modo a minimizar a definição do conteúdo da proibição penal à normas inferiormente hierarquizadas.

Decorrente das problemáticas acima mencionadas, ainda se depara com o paulatino processo de interpretação criativa no direito, especialmente diante da existência dos tipos penais abertos, regulamentados a posteriori.

O cenário jurídico brasileiro se apresenta imerso em uma discussão e descumprimento de regras e princípios do direito penal clássico, evidenciado principalmente através de política de máxima, quando se defende a aplicação da disciplina em *prima ratio*, sem a devida reflexão sobre os limites e as peculiaridades que o ramo exige. Tais conjecturas caminham em sentido oposto ao trabalho exercido pela doutrina, ao se debruçar reiterada e sistematicamente no conteúdo lecionado na parte geral do âmbito penal, de compreender a base da ciência criminal e sua incidência na sociedade, de modo a preservar os bens juridicamente tutelados.

No mesmo sentido, depara-se com o direito penal construído por diversas temáticas, em muitas vezes, não inerentes à natureza desse ramo, expandindo seus limites e aplicação, ou seja, com a própria banalização da disciplina e suas próprias políticas.

Ainda, se denota problemas inerentes à concepção de legalidade e a exacerbação das normas, quando o Poder Legislativo abre mão de suas competências, carecendo de legislações mais concisas e precisas, de modo a conceder regulamentações e complementação legal por meio de atos administrativos, decretos.

Dessa forma, vislumbramos a atuação mais enfática do Poder Executivo para determinar as complementações, por meio da administrativização, bem como de uma espécie de “habilidade interpretativa” do Poder Judiciário, que é “concedida” por meio das interpretações criativas.

Os citados fatores instigam ao discente da disciplina de direito penal uma melhor transparência dos aspectos adiante abordados, para estabelecer mais parâmetro e compreensão, quiçá harmonia, do conteúdo outrora estudado e a prática de política legislativa.

Passa-se, no tópico seguinte, a explanar acerca dos elementos conceituais das ciências criminais do ordenamento jurídico brasileiro para que contribua no entendimento do cerne referente à problemática da técnica legiferante da

transferência da definição e determinação dos elementos basilares do direito penal para outra espécie normativa³.

3. A LEI PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A FINALIDADE DO DIREITO PENAL, SELEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS PENAIS E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O objetivo do Direito Penal permeia à proteção dos bens jurídicos – mediante normas de determinação - imprescindíveis para a sobrevivência da sociedade, inicialmente se destacando àqueles apresentados como primordiais pela Constituição Federal, já que nessa estão contidos os princípios fundamentais do Estado. Prado expõe que “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade” (PRADO, apud GREGO, p. 2). Em vista disso, se denota a importância de estudo dessa matéria, bem como a sua precípua finalidade, definida, amplamente, pela tutela de importantes bens jurídicos.

Deste modo, importante ressaltar que, quando a tutela do bem não é mais necessária, o próprio Direito Penal, por meio das instituições do poder legislativo, deve se afastar e permitir que os demais ramos do Direito atuem na proteção de tais bens, conforme reafirma Greco (2017).

Neste seguimento, destaca-se o modo como é realizada a seleção de tais bens essenciais pelo legislador (apresentando as características da fragmentariedade), como a proteção à vida, liberdade, segurança, igualdade, a honra, considerados como indispensáveis para manutenção social, exposto no artigo próprio dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, Constituição Federal de 1998), protegendo-os contra ataques oriundos do próprio Estado e contra os realizados por outros indivíduos. A escolha criteriosa para construção de sanções das condutas nocivas à comunidade

³ FALAVIGNO. Chiavelli Facenda. A deslegalização do direito penal. P. 25.

deve espelhar as reais necessidades sociais, com uma delimitação histórica e política e àqueles harmônicos com a própria noção de Estado democrático de Direito.

Ainda, enfatiza-se que a competência para legislar em temática penal é exclusiva o Poder Legislativo, conforme dispõe o artigo 22, I da Constituição Federal de 1988⁴, de modo a resguardar e proteger algum bem jurídico. O autor Prado estabelece que

o que faz o Direito Penal é estabilizar esses valores éticosociais da atitude interna de uma forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente os dos princípios da legalidade e da proteção de bens jurídicos (PRADO, 2019a, p. 31)

Deste modo, o legislador não cria os valores ao que se refere o bem jurídico tutelado, sendo (ou devendo ser) limitado a estabelecê-lo bem como definir o posterior e especial tratamento jurídico. Ainda, conforme supramencionado anteriormente, a disciplina ora abordada deve se preocupar com a proteção dos bens mais importantes, de modo que tais concepções de finalidades e da separação dos bens tutelados nos direcionam ao princípio da intervenção mínima (*ultima ratio legis*), definido por Greco:

é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização (GRECO, 2017, p. 97).

Com isso, se deseja explanar que a intervenção na vida em sociedade pelo poder punitivo do Estado deve ser o mínimo possível, solicitado tão somente quando os demais ramos não forem capazes de proteger os bens de maior importância (subsidiariedade), sendo considerado um sistema repressivo e seletivo. No mesmo intuito, Bitencourt assevera:

Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficiente para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o reestabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes

⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Encontrado no site do Planalto:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

medidas civis ou administrativas, são essas que devem ser empregadas e não as penais. (BITENCOURT, apud, GRECO, 2017, p. 96).

Importante vertente considerada pela aplicação do princípio da intervenção mínima se refere, além de conduzir o legislador para a proteção aos bens que, um dia foram importantes para a sociedade, mas que na atualidade podem ser tutelados por demais esferas do Direito, demonstra aos representantes das casas legislativas quais devem ser os necessários para selecionar e inserir em matéria penal, garantindo uma escolha de resolução de conflitos extrapenal.

Denota-se que o Direito Penal se traduz, consoante ao exarado por Greco (2017) como o mais violento instrumento normativo, por atingir a pena privativa de liberdade, o direito de ir e vir do indivíduo, e, conseqüentemente, deve ser minimamente aplicado, quando não houver alternativas disponíveis.

Por conseguinte, se deve considerar a real eficácia para garantia dos bens tutelados, tendo em vista que “o uso excessivo da sanção criminal (infração penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa” (PRADO, 2019b, p. 103). Neste sentido, se tem como intenção que, quando da aplicação da norma penal, essa assegure a tutela do bem e a prevenção do delito.

Compreender a finalidade do Direito Penal, a própria seleção de quais bens são abrangidos por essa disciplina e como se deve aplicá-la, por via do princípio da intervenção mínima, nos possibilitam um conjunto de pressupostos para distinguir quais os limites da complementação da lei penal, pois se retoma às temáticas basilares, de modo a também recordar suas sanções, que se revestem de gravidade, pois impõem restrições ao direito fundamental da liberdade. (PRADO, 2019a), para que assim, se contribua com o âmbito do fenômeno da deslegalização aplicado ao direito penal. Para tanto, também imperioso verificar o princípio da legalidade e sua imprescindível aplicação ao âmbito jurídico ora abordado.

3.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade, a partir da Revolução Francesa, é vislumbrado como componente essencial ao Estado Democrático de Direito, sendo constitutivo do direito

penal no período pós-iluminista, por ser uma segurança jurídica e garantia individual. Igualmente, Prado aduz que “seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito”. (PRADO, 2019b, p. 93).

Bem explícito no sistema jurídico brasileiro, o mencionado princípio está previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, bem como em matéria penal no início do código. Neste sentido, importante salientar que não há definição de crime sem a devida previsão legal, sendo essa, nas palavras de Greco, “a única fonte de Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção” (GRECO, 2017, p. 144), de modo a ser a lei a bandeira maior do Direito Penal.

Necessário designar as funções primordiais do princípio da legalidade: (i) a primeira se refere à proibição que a lei penal retroaja; por conseguinte, verificamos (ii) a proibição da criação de crimes e penas oriundos dos costumes; (iii) posteriormente, a proibição de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e, a quarta função se diz acerca da proibição de incriminação vaga e indeterminada, de modo que tenhamos no ordenamento definição precisa da conduta proibida ou imposta (GRECO, 2017). Para tanto, infere-se que a norma penal deve apresentar, necessariamente, taxatividade, previsibilidade e definição estrita da conduta punível.

A nível didático, expõe-se que tal princípio pode ser classificado como princípio de mera legalidade (*nulla poena et nulla crimen sine lege*) e princípio da estrita legalidade (*nulla poena sine crimine et sine culpa*). Freitas explica que “o primeiro princípio expressa a noção de reserva legal. Por mais imoral, por mais socialmente nociva que seja uma conduta, somente a lei penal pode defini-la como crime.” (FREITAS, 209, p. 365), impedindo também que fatos sejam julgados arbitrariamente por juízes, devendo cumprir o estabelecido legalmente. Na segunda vertente se denota que

a lei penal não pode definir o crime a partir do estilo de vida ou das características pessoais do indivíduo, mas em bases empíricas, isto é, deve contemplar comportamentos concretos minuciosamente descritos com a máxima precisão em todos os seus aspectos (FERRAJOLI apud FREITAS, 2009, p. 366).

corroborando também para técnica legislativa, que designe, conforme supramencionado, a descrição da conduta, taxatividade e afins.

Ressalta-se que tratar do princípio da legalidade requer que se observe um contexto político e jurídico pois “a sua criação relaciona-se à percepção de seu papel de contenção do arbítrio estatal em favor dos direitos individuais concebidos inicialmente como naturais e inalienáveis” (FREITAS, 209, p. 367). Isso pois, necessário reafirmar qual o conseqüente das leis penais, que restringem a liberdade penal.

Ainda, em relação à reserva legal, além de afirmar que deve ser sempre elaborada pelo Poder Executivo, apoiada nos escritos de Gomes (2008), Falavigno (2020a) dispõe:

[...] deve ser absoluta, com o tipo penal em sua íntegra, inclusive no que diz respeito 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 Executivo que está impossibilitado de emitir mandamentos penais por outras fontes de diversas da legislativa.

Com essa exposição, se objetiva a compreensão do princípio da legalidade em âmbito penal, principalmente em sua incidência e função de limitador quanto ao uso excessivo em normas penais em branco – tratadas posteriormente -, visto evitar a sua relativização nas esferas de incidência.

3.3 A NORMA PENAL EM BRANCO

Compreende-se que a matéria penal deve definir os pressupostos de suas normas, de modo a evitar a remissão a outras regras, conforme exarado por Prado (2019b). Via de regra, o ordenamento jurídico se vale de normas completas, contudo, ainda se vislumbra a regulação de disciplinas que exigem uma constante e variável modificação, valendo-se o legislativo da técnica da lei penal em branco (porque seu preceito primário não é tido como completo).

Historicamente, tal termo foi utilizada pela primeira vez por Karl Binding ao analisar estrutura da Constituição do Império Alemão (ALFLEN DA SILVA, 2004) e possui por definição na doutrina como normas “em que há necessidade de

complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário” (GRECO, 2017, p. 68). Importante salientar que o termo “preceito primário” compõe a estrutura da norma, designado a realizar a descrição detalhada e perfeita da conduta que se procura proibir ou impor.

No mesmo diapasão, se percebe que a conduta punível é escrita de modo genérico, apenas descrevendo a sanção penal, e apresenta uma lacuna, devendo ser acrescida por outro dispositivo legal, seja esse um ato normativo legislativo ou administrativo, mas que posteriormente integrará e pertencerá à lei penal.

A doutrina vislumbra a norma penal em branco como vantagem por estabilizar o dispositivo principal, dando espaço para as mutações adjacentes, inseridas por meio do ato complementador que integra o tipo. Outrossim, seus objetivos consistem em “permitir à lei penal que se flexibilize e se atualize, de modo que possa acompanhar as constantes evoluções sociais” (BACH, 2017, p. 82), bem como garantir que bens de proteção que exijam aplicabilidade de conhecimento técnico, específico e aprofundado sejam atingidos de modo eficaz. Porquanto, a utilização de tal técnica deve ser pautada na excepcionalidade, preferindo-se a edição de normas tidas por completas.

Quanto à classificação, as leis penais em branco são próprias (lei penal em sentido estrito/heterogêneas), tidas como “aquelas em que o complemento se acha contido em outra disposição legal emanada de outra instância legislativa” (PRADO, 2019b, p. 199), ou impróprias (leis penais em branco em sentido amplo/homogêneas), identificadas quando o complemento foi emanado da mesma instância legislativa. Como exemplo desta segunda, cita-se o art. 237 do Código Penal, que estabelece:

Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Assim como prelecionado por Greco (2017) “para responder pela prática do aludido delito, é preciso saber quais são os impedimentos que levam à decretação de nulidade absoluta do casamento. E quais são eles? O art. 237 não esclarece.” Em vista disso, deve-se observar qual norma realiza a complementação do tipo penal

acima exposto, realizando remissão ao art. 1.521, I a VII, do Código Civil, que dispõe as hipóteses tácitas de impedimento para contrair casamento.

De certo, foi necessário valer-se de outro dispositivo para, posteriormente, concluir ou não se a conduta do agente foi típica, classificando-o como norma penal em branco homogênea (já que ambos códigos foram decretados pelo Congresso Nacional).

Ainda, há para as normas homogêneas uma subclassificação que aponta, em suma, se a complementação é realizada pelo mesmo ramo do direito que a norma principal, ou seja, se a norma penal é complementada por outra norma de matéria penal, produzida pela mesma fonte legislativa (denominada homovitelina) ou se a norma complementar é oriunda de outro ramo do direito (denominada heterovitelina). (GRECO, 2017, p. 70).

Destarte, quanto às heterogêneas, “importante salientar que o complemento pode ser preexistente em relação à norma, não havendo exigência de que venha a ser formulado posteriormente.” (FALAVIGNO, 2020a, p. 48).

Expostas as classificações, imperioso destacar a primeira adversidade encontrada na temática da lei penal em branco heterogênea, haja vista sua complementação ser gerada em outra fonte que não a lei – *stricto sensu*, o que denota a ofensa ao princípio da legalidade, supra explicado, já que, conforme exposto por Greco:

o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado por seus deputados, bem como a dos estados, representados por seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos. (GRECO, 2017, p. 71).

Embora tenha sido dado devido destaque à lição do professor Greco quanto à ofensa ao princípio da legalidade quando da edição de leis penais em branco heterogêneas, mister salientar que a maior parte da doutrina compreende não haver

ultraje ao citado princípio, quando previsto o núcleo essencial da conduta, reiterando-se ser técnica necessária (MATEU, apud, GRECO, 2017, p. 73), considerando-a constitucional.

No mesmo sentido, reafirma-se que a norma complementar não deve estabelecer e determinar o núcleo primário, de modo que “é essencial que, na norma principal, esteja o preceito proibitivo, aquele de deve permanecer fixo, e ostentar as características essenciais à lei como fonte principal do direito penal” (FALAVIGNO, 2020a, p. 51), objetivando, deste modo, que o tipo normativo ofereça segurança a quem o deva obedecer por meio do caráter delitivo da conduta.

Por conseguinte, salienta-se ser esse último o posicionamento adotado neste trabalho, de modo a “discutir se essa regra 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” (FALAVIGNO, 2020a, p. 39), já que, comumente, se observa a constante promulgação de normas penais especiais em branco.

Necessário salientar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à disciplina de constitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas, afirmando não ser um caso simples quando observadas juntamente aos princípios da legalidade e proporcionalidade. Contudo, na matéria analisada no recurso extraordinário 815.012 - São Paulo, qual seja, a violação do art. 66 da lei 11.343/06⁵, que designa a denominação de drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial por meio de Portaria SVS/MS nº 344/98⁶(Secretaria de Vigilância em Saúde, Ministério da Saúde), verificou-se que “no caso específico da Lei de Drogas – Lei 11.343/06 –, não há inconstitucionalidade a ser pronunciada.” (RE 815.012).

⁵ Art. 66. 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. Encontrado no site do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm

⁶Encontrada no site do Ministério da saúde: https://bvsm.sau.br/bvs/sau/legis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html

Por outro viés, se identifica outra adversidade em relação às complementações das normas penais em branco, no que tange “situações em que a norma que complementa o tipo penal é tão ampla que fica impossível conhecer o ato que não pode ser praticado” (PASCHOAL, 2015, p. 16), situações que serão posteriormente tratadas, quando tratados os limites dos atos administrativos complementares.

Deste modo, o que se busca a partir de agora é apresentar conceitos e explanar de modo mais pragmático o fenômeno da deslegalização da norma penal e suas incidências na administrativização, diante da exemplificação de suas incidências.

4. O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO DA NORMA PENAL

A deslegalização é compreendida como “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” (FALAVIGNO, 2020a, p. 24). O autor Canotillho esclarece ser “uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamento” (CANOTILLHO, p. 915).

Este fenômeno foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio das obras de Direito Administrativo do autor Diogo Figueredo Moreira Neto, alocado, didaticamente, como subitem da “delegação de funções” dos Poderes, de modo que explana ser uma modalidade anômala de transferência sem delegação

pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de natureza técnica, em que elas se demitem da função de criar certas normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos (MOREIRA NETO, 2014, p. 92)

Ainda, importante identificar que, quando se trata da deslegalização, a norma que passa por esse processo sempre possui natureza administrativa, contrariamente ao que se verifica na simples delegação, quando a norma delegada tem força de lei. (MOREIRA NETO, 2014). Ou seja, a complementação de uma norma penal em branco heterogênea sempre será caracterizada por sua qualidade administrativa, não sendo equiparada à lei ordinária.

No âmbito judiciário, já houve manifestação do Supremo Tribunal Federal, abordando do termo “deslegalização”, quando do julgamento da ADI 4568 – DF⁷ em que se avaliava a possibilidade de reajustes e aumento do salário mínimo por meio de decreto, assim sendo, utilizando a terminologia em matéria administrativa.

De modo adicional, o mesmo fenômeno é identificado no âmbito penal quando se verifica “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” (FALAVIGNO, 2020a, p. 24), quando se incube e transfere a outros procedimentos a funcionalidade de designar elementos do tipo penal.

Porquanto, ratifica-se, o que se tem como o cenário e problematização do estudado fenômeno é a utilização extravagante da técnica legislativa da lei penal em branco, que possibilita criar vias mais simples para tornar o direito penal mais administrativizado, o que, indubitavelmente se dá por meio das complementações e traz à tona um descompasso do processo legiferante. Imperioso destacar que a matéria penal não admite interpretações extensivas, limitando-se ao preceito legal.

Oportunamente, acrescenta-se que há posicionamentos acerca do fenômeno da deslegalização enfatizando não ofender o princípio da legalidade, principalmente porque o Executivo apenas exerce suas competências no limite da delegação estabelecidas na lei ordinária, fundamentada a validade da autorização genérica concedida também ao Legislativo para que realize a delegação (GONZAGA, 2014). Sobre isso acrescentamos que tal raciocínio é correto diante do viés das atribuições, quando trata das competências do Congresso Nacional, dentre elas “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (art. 49, V, CF⁸). De tal modo, ressalta-se que a doutrina

⁷ EMENTA. CONSTITUCIONAL. VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO. ART. 3. DA LEI N. 12.382, de 25.2.2011. VALOR NOMINAL A SER ANUNCIADO E DIVULGADO POR DECRETO PRESIDENCIAL. DECRETO MERAMENTE DECLARATÓRIO DE VALOR A SER REAJUSTADO E AUMENTADO SEGUNDO ÍNDICES LEGALMENTE ESTABELECIDOS. OBSERVÂNCIA DO INC. IV DO ART. 7. DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. Julgado encontrado no portal do STF: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4039049>.

⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

dispõe essa competência ao poder legiferante dos Estados e não ao Executivo e, neste sentido, fazemos um adendo no tocante à competência por extensão do art. 22, também da Constituição Federal, diante da competência privativa, identificada na doutrina como

competência legislativa atribuída a uma entidade federativa, com a possibilidade de delegação em questões específicas. Esta interpretação (possibilidade de delegação) se extrai do art. 22, parágrafo único, que permite que lei complementar autorize aos Estados dispor sobre as matérias elencadas, em princípio, para a União. (p. 414)

Nesse sentido, necessário estabelecer os limites para complementação, de modo a compreendê-los e discernir até quais aspectos pode o legislador, bem como o poder executivo, utilizar tais técnicas. Assim, se tem como premissa que essa seja realizada por aspectos de menor relevância, a ponto de não infringir sobre o núcleo do preceito principal da estrutura da norma. Em conformidade, Prado dispõe 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, 2019b, p. 200).

Ressalta-se que existem disciplinas e conteúdo do Direito Penal que, devido as suas especificidades carecem de complementações de âmbito administrativo, “sendo que tais matérias podem ser diferenciadas e elencadas com base nos bens jurídicos protegidos pelas referidas normas penais” (FALAVIGNO, 2020a, p. 65). Outrossim, traz à tona o fato de que determinados assuntos pertencem à conteúdos que requerem dinamismo, altamente influenciadas pelo contexto histórico social, “e como a atividade legiferante nestes setores é incessante, se produziria uma grave deterioração legislativa caso fossem incluídas nas leis penais de modo pormenorizado, as hipóteses que se quer proibir” (SILVA, 2008, p. 365).

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Encontrado no site do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Sob a mesma perspectiva Barranco frisa a necessidade respeito aos limites materiais da lei ordinária

sempre que a lei penal contenha o núcleo do tipo e fixe os limites de uma remissão que não suponha – por sua indeterminação – uma deslegalização efetiva, em relação ao princípio da legalidade tanto em sua faceta formal, relativa ao nível necessário das normas sancionadoras, como material, predeterminação normativa de condutas e sanções. (BARRANCO apud PRADO, 2019c, p. 35)

Desta feita, denota-se que o Poder Executivo deve se balizar ao conteúdo semântico da lei, trazendo elementos além dos estabelecidos na estrutura normativa, de modo a “não complementá-la além dos limites materiais e substanciais da locução”. (COSTA, 2010, p. 168), evitando que “essa delimitação se torne uma deslegalização mascarada do tipo penal, o que pode ocorrer quando o legislador deixa a cargo do Poder Executivo elementos fundamentais do tipo penal”. (COSTA, 2010, p. 168). Acresce que a complementação deve “ser conferida em matéria específica, que tenha pertinência com as atribuições do órgão ou entidade que recebe a competência” (GONZAGA, 2014, p. 90), lição essa ensinada em conteúdo de direito administrativo.

Assim, para contribuir com este estudo, se expõe a didática das possíveis admissões para a complementação administrativa (também denominada assessoriedade administrativa, que identificada nas circunstâncias em que a disciplina principal é auxiliada, assessorada pelo direito administrativo) apresentadas por Barranco (1996) seja por meio de um conceito, por meio de uma norma e por meio de um ato administrativo concreto.

Conforme elucida Costa (2010), a primeira – por meio de um conceito - aponta as hipóteses em que a lei penal remete a um conceito do direito administrativo, estando esse no núcleo da norma; já a segunda hipótese – que nos importa efetivamente – trata da assessoriedade normativa quando se faz aplicação de norma administrativa de caráter geral (também por meio da norma penal heterogênea). Por fim, se tem a assessoriedade quando o tipo penal se refere a um ato administrativo concreto, que podem acabar criminalizando apenas a desobediência a um ato administrativo anteriormente previsto. A autora Falavigno (2020a, p. 22) conceitua

como “complementação da norma legal por regras inferiores à lei, denotando o auxílio prestado ao direito pela disciplina administrativa”.

Faz-se um recorte mais preciso acerca da terminologia administrativização, a qual

indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais, com as normas de intervenção da administração pública, distanciando-se assim dos requisitos ‘clássicos’ da Lei (abstração e generalidade). Desta forma, as normas penais se transformam em um instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais: em outras palavras, um instrumento de resposta contingente a situações de ‘emergências’ concretas (BARATTA apud SICA, 2008, p. 161).

Em vista disso, se denota a outro problema do fenômeno: ao passo que a intervenção de matéria penal seja realizada por complementariedade administrativa – sem a efetiva necessidade – a disciplina do direito penal é utilizada como mecanismo para validar as decisões administrativas, apenas como instrumento, impondo ao cidadão a obrigatoriedade para o cumprimento de determinada ordem por via do iminente risco do conseqüente de sanção privativa de liberdade, gerando um “fator expansionista da tutela penal” (HASSEMER apud FALAVIGNO, 2020a, p. 103). Sobre esse mesmo aspecto, Falavigno enuncia

Ainda, denota-se clara tutela dos serviços da Administrativização por meio do direito penal, que passa a ter a função de tornar mais rígida a obrigação de cumprir o que manda o administrador (FALAVIGNO, 2020a, p. 70).

Destarte, passa-se a expor quais são as principais normas penais em branco heterogêneas, do ordenamento jurídico brasileiro, que demandam complementação via administrativa, principalmente na seara dos bens jurídicos difusos ou coletivos, como o meio ambiente e relações econômicas. (FALAVIGNO, 2020b), crimes tributários e de trânsito.

O Direito Ambiental factualmente foi inserido como conteúdo do ordenamento jurídico brasileiro a partir dos anos 30, apresentando-se sempre com o caráter de regulações administrativas, principalmente quando se vislumbrava conteúdo de caráter econômico e não propriamente ambiental. Diante do marco legislativo, precipuamente a partir da Constituição de 1988, a visão da disciplina pretende a

proteção ao meio ambiente, de modo que a lei maior introduz medidas coercitivas, v.g. art. 225, § 3º

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em decorrência, se denota que essa matéria apresenta vasto conteúdo mediante a edição de normas penais abertas heterogêneas, de modo a evidenciarmos na prática a administrativização, tendo em vista a estrutura disposta na lei extravagante nº 9.605/98 que trata acerca das sanções penais e administrativas derivadas de condutas de atividades lesivas ao meio ambiente. Isso pois, além das especificidades regionais para legiferar sobre determinadas regras e contextos da exploração ambiental, corrobora que

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 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. (SIRVINSKA, apud, FALAVIGNO, 2020a).

Passando-se para aspectos além, necessário salientar que, indubitavelmente, a norma ambiental exige o caráter técnico referente ao plantio, colheita, criação de cada espécie amparada, considerando ainda as evoluções em estudos e aprimoramentos da agricultura, manejo florestal e afins.

Fundamentado nesses parâmetros, se entende um caráter subsidiário da disciplina, levando o legislador a se esforçar de modo que a “proteção penal do ambiente deve observar a normativa administrativa igualmente orientada à tutela dos recursos naturais” (CARVALHO, 2011, p. 24). Igualmente, se verifica que na disciplina ambiental haverá uma coadunação dos âmbitos penais e administrativos, de modo que, novamente, se identifica a tutela penal não ao bem jurídico e sim à proibição àquelas que violam o direito administrativo (FALAVIGNO, 2020a, p. 67).

A Lei 9.605/98 trata da sanção penal e administrativa de atividades lesivas ao meio ambiente, mister salientar que nesse dispositivo são assegurados direitos fundamentais de terceira geração, os quais se referenciam na solidariedade (PRADO,

2019c). Nesse processo, analisando os dispositivos do citado texto legal, se observa com mais veemência o art. 60, que dispõe

art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Em primeiro aspecto, se denota que o texto legal faz menção a diversas ações que não estejam devidamente licenciados ou autorizados por órgãos ambientais, deixando de apresentar as necessárias delimitações do núcleo do tipo na norma e taxatividade, de modo que essas ficam a cargo das indicadas nos próprios instrumentos administrativos. Por conseguinte, não é possível identificar quais órgãos competentes para exercer tais atividades, seja por órgãos estaduais ou municipais. Ademais, se identifica que a norma apresenta uma reafirmação do cumprimento do preceito administrativo, ao passo que criminaliza a mera desobediência administrativa em aspecto de intimidação penal, cominando em pena de detenção e/ou pagamento de multa.

Imperioso salientar, conforme demonstrado por Falavigno (2020a), que o ordenamento jurídico possui a complementação das diretrizes do supracitado artigo, no que tange o licenciamento ambiental, mediante edição de lei complementar, que designa quais leis devem ser reguladas pelo Ibama (autarquia federal), por órgão municipais ou federais.

Ainda, Prado menciona que a citada lei possui

caráter altamente criminalizador, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas ou, quando muito, de contravenções penais, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (PRADO, 2019c, p. 113)

denotando-se que a norma legal foi editada com vasta indeterminação em seus conceitos amplos e indeterminados, repleto de normas penais em branco,

dependendo de atos administrativos, como a permissão, licença, autorização (PRADO, 2019c).

Com efeito, também se analisa o art. 29 da lei 9.605/98 que dispõe ser crime contra a fauna “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”, sendo outro texto normativo que não possui aplicabilidade se inexistente a complementação administrativa, pois, é necessário designar a “autoridade competente”, já que não são estabelecidos pelo preceito legal, bem como ato administrativo para expedir as licenças, autorizações, permissões, para que, assim, se obtenha o “conteúdo material à proibição” (FALAVIGNO, 2020a, p. 71). Similarmente, são verificadas as mesmas estruturas, nos arts. 34⁹, 38¹⁰, 45¹¹ da mesma lei.

Também vislumbramos significativo exemplo da deslegalização na seara da saúde pública por meio da complementariedade de normas penais heterogêneas no ano de 2020, em virtude dos diversos atos administrativos decretados, motivados pela pandemia pelo vírus Covid-19. Tal situação evidenciou alguns dispositivos do Código Penal, pouco abordados, mas que muito contribuem para a exemplificação do estudado fenômeno.

art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

⁹ Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

¹⁰ Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

¹¹ Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais:

Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

Diante da situação pandêmica vivida, são identificáveis diversas normas legais e infralegais de tal modo, exemplificamos pelo Decreto nº 10.282 que define as atividades essenciais e os serviços públicos e outorga também às localidades competência para adoção de medidas de isolamento (FALAVIGNO, 2020b). Ainda, não se buscou compreender quais órgãos são equiparados ao “poder público”, nem designando se na esfera federal, estadual ou municipal.

Em suma, frente a tais determinações se percebe que são incontáveis os atos administrativos decretados a partir desse dispositivo, estando um artigo de lei complementado por numerosos e distintas normas infralegais, sem que se verifique se o elencado como “determinação” é compatível ao impedimento de introdução ou propagação da doença, gerando à população a iminência de responsabilidade penal, por meio do Juizado Especial (considerando ser o delito de menor potencial ofensivo) em detrimentos de redações normativas amplas.

Por fim, citamos o clássico exemplo da necessária complementação da norma penal quando abordada a Lei 11.343/06 (lei de drogas), em que se evidencia imprescindível a assessoriedade administrativa para a própria definição e conceito de “drogas”, senão, vejamos parágrafo único do art. 1º

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Nessa perspectiva, o primeiro prisma que se busca refletir relaciona-se à ausência de taxatividade das substâncias consideradas drogas, para que assim tenha-se a previsibilidade e taxatividade da punição (podendo ficar a cargo tanto de uma legislação posterior ou do Poder Executivo da União, indefinindo se a complementação será por meio de atos administrativos -que possuem nível hierárquico inferior- ou por lei (FALAVIGNO, 2020a). Outrossim, imperioso reconhecer que a possibilidade de duas vias para definição e relação taxativa das substâncias permite que a norma seja acrescida por duplamente, de modo concomitante (ALFLEN apud FALAVIGNO, 2020a).

Por conseguinte, se enfatiza novamente o art. 66 da Lei 11.343/06 (citado anteriormente quando tratado o entendimento do Supremo Tribunal Federal referente às normas penais em branco heterogêneas), por meio do qual autoriza, de modo temporário, considerar drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial estabelecidas na Portaria SVS/MS nº 344/98. Nesta situação, o que se indaga é o lapso temporal ainda existente para relacionar taxativamente as substâncias, valendo-se, no entanto, de procedimento administrativo do ano de 1998. Isso posto, verificamos a inexistência de procedimentos periodicamente atualizados para regular – de modo mais efetivo – o dispositivo legal.

Desta feita, imperioso destacar demais fatores e conseqüentes da deslegalização do direito penal, conforme se fará a seguir.

5. FATORES E CONSEQUENTES DO FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO

Em matéria penal se denota, além da extravagância da utilização da técnica legislativa da edição de leis por meio das normas penais em branco heterogêneas, alguns fatores e conseqüentes muito tem contribuído para o fenômeno da deslegalização. Sobre isso Oliveira disserta

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 apud FALAVIGNO, 2020a, p. 103)

Abordaremos alguns desses, sem pretensão de exaurir a temática: como primeiro, trataremos da aplicabilidade do direito penal máximo diante de uma sociedade de risco; por conseguinte, relembremos as penalidades em detrimento do descumprimento das normas da disciplina; na sequência, como a ausência da complementação administrativa das normas penais em branco podem caracterizar o a anomia; ainda, será tratado sobre o denso processo legiferante e a via alternativa das normas penais em branco heterogêneas, deixando se realizar estudo aprofundado para edição das leis e, por fim, como a perspectiva da criminologia auxilia positivamente nesse processo.

Em capítulo anterior, compreendemos o estudo do direito penal sobre a perspectiva dos bens jurídicos tutelados diante de uma escolha legislativa, de modo que

se encontra no limite entre política criminal e Direito Penal, como ponto de união. E, portanto, vem a ser criação da experiência, e como tal é ‘interesse juridicamente protegido’, sendo indispensável ao indivíduo ou à sociedade. (PRADO, 2019a, p. 26)

Sob esse prisma, tratamos da visão de que o Estado Democrático de Direito deve se fundamentar em uma matéria de estudo anterior para compreender quais são as incidências da prática delitiva, crucialmente diante da caracterização de uma sociedade de risco, pois

boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros cidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações ect. (SANCHEZ, 2002, p. 29)

isso é, compreender que a incidência de novos crimes também perpassa a mutação social em que vivemos, de modo que o Legislativo acompanhe tais mutações conforme a demanda social, não deixando a cargo de demais poderes para disciplinar sobre tais assuntos. Contudo, chama-se atenção para que não sejam tutelados direitos difusos de condutas que estejam distantes dos bens jurídicos que necessitam ser contemplados pelo direito penal, para que esse não perca sua função delimitadora.

Além disso, sobre a sociedade de risco e a utilização exarcebada de normas penais que exijam complementações, Falavigno assevera

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 (FALAVIGNO, 2020a, p. 152)

Isto posto, quanto ao tópico das penas em detrimento da lei penal, imperioso recordar que, conforme exemplos acima descritos, a assessoridade tem oferecido

margem para incidência de aplicação do direito penal em perspectiva máxima, de modo a não fazer jus ao princípio da intervenção mínima, querendo sempre aplicá-lo como primeira medida. Exemplo disso, reafirma-se, a utilização de tais preceitos para ratificar sanções administrativas. Estritamente, a primeira via torna-se a criminalização, tendo em vista não se vislumbrar obediência por outros âmbitos.

Outro fator que se evidencia são as excessivas edições de leis penais, primordialmente as extravagantes, trazendo, geralmente, o conseqüente da privativa de liberdade. Assim, são feitas ressalvas para sua aplicabilidade pois

o Direito Penal possibilita as mais graves ingerências na esfera da liberdade dos cidadãos, admitidas pelo ordenamento jurídico, tem de se tomar especiais precauções contra o seu abuso. O princípio da preferência e reserva da lei se encontra, por isto, mais enraizado no Direito penal que em qualquer outra parte do Direito vigente (JESCHECK apud FREITAS, 2009, p. 363)

Dito isso, percebe-se “a principal característica das normas jurídicas é a coercitividade. Não há direito sem sanção” (CARVALHO, 2015, p. 43) e, infringir uma norma penal sempre estará relacionado à uma conduta coercitiva, de modo a privar o indivíduo de outro direito tutelado constitucionalmente, qual seja, a liberdade, diante das garantias estabelecidas na Constituição quanto aos tipos incriminadores.

Outro importante e necessário aspecto se intitula quanto à criminalização pois

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 abrangem espaço para um processo que visa atender demandas eleitoreiras, bem como o clamor público midiático. (FALAVIGNO, 2020a, p. 104)

Assim, garantir uma correta aplicação da disciplina penal – à luz do princípio da legalidade – é primordial para que não se vislumbre expansões da disciplina criminal. Diferentemente das outras disciplinas, o direito penal não estabelece como conseqüente uma natureza reparatória, de modo a oferecer sempre um mal ao infrator. (CARVALHO, 2015), seja com a privação ou a restrição do direito de liberdade. Amparado também nessa consequência, não se pode admitir extrapolar os limites (que ao menos deveriam ser estabelecidos no preceito primário), do fenômeno da deslegalização.

De outro modo, ao tratar das leis penais em branco heterogêneas nos deparamos com a possibilidade (diversas vezes recorrente) em que não há, de fato, a complementariedade por meio de atos administrativos, sem que de fato a norma penal seja efetiva para a sociedade. Em vista disso, faz-se um viés paralelo, aproximando essa ausência de norma com o instituto da anomia, que é compreendido como ausência de norma regulamentadora ou (como aplicado no contexto posto), como quando, embora exista lei, essa não se apresente eficaz na tutela dos direitos, de modo que, notadamente, se incide por consequência a utilização do ramo penal como primeira opção, quando se poderia valer de demais disciplinas do direito.

Finalmente, necessária abordar a perspectiva que, acima comentada brevemente, qual seja: o processo legiferante. De certo, esse é considerado denso pois os trâmites e procedimentos estabelecidos em lei constitucional e procedimentos internos assim o exigem, para que a sociedade seja regida por leis confiáveis, envolvendo um estudo e uma escolha do poder público e, por vezes, a incidência de novas condutas não são tuteladas pela ausência de lei, tal ponto justificável pelo dinamismo desses conteúdos.

A questão que se traz à nota não remete ao trâmite do processo legislativo, desde a proposição de propostas até à redação final, e sim o procedimento anterior denominado fase pré-legislativa, que consiste no necessário estudo das incidências massivas da conduta, traçando o escopo daquilo que se pretende incriminar, pois, impacta fielmente nos limites designados na estrutura da norma penal, ao passo que o Congresso Nacional possui capacidade para designar os limites da lei, tanto no preceito primário quanto secundário, deixando de empregar abundantemente as normas penais em branco heterogêneas e valendo-se delas quando necessário.

Ainda, se destaca que vislumbrar um ordenamento jurídico em disciplina penal repleto de remissões administrativas provoca ao cidadão, bem como aos operadores do direito, uma análise de cenário em que o próprio Poder Legislativo demonstra um “colapso da própria capacidade de regulação, gerando incerteza e arbitrariedade” (FALAVIGNO, 2020a, p. 128).

Para fazer *jus* a tais indicações, importante abordar um estudo analítico e zetético da ciência da criminologia, definida como

estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes são atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes (SHECAIRA, 2012, p. 35).

Nessa ciência, a abordagem de estudo perpassa desde o fato criminoso isolado à suas relações com o autor do fato, com a vítima do crime e com os diferentes meios de controle social, sendo esse um método diverso daquele compreendido na dogmática penal. Tanto por isso, que o que se requer não é que o Poder Legislativo se abarque de todo o processo de estudo igual à criminologia, contudo, em estudos prévios, valendo-se além da abordagem daquilo que é crime, indagando “por que esta conduta humana é criminalizada?” (BANDEIRA, PORTUGAL, 2017, p. 15), compreendendo que aquela conduta que se pretende incriminalizar é consequente de uma série de fatores, como a incidência mássica da população, a incidência aflitiva do fato praticado, a persistência espaço-temporal do fato e os inequívocos consensos. (BANDEIRA, PORTUGAL, 2017).

Portanto, neste tópico, podemos identificar como os elementos da aplicabilidade do direito penal máximo diante de uma sociedade de risco e como tem influenciado na elaboração dos tipos penais, também, como a ausência de complementação das normais penais em branco geram o consequente da anomia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo realizar estudo do Direito Penal como *ultima ratio*, apresentar o cenário da disciplina na contemporaneidade, que expôs conceitos inerentes ao estudo de normas penais em branco, princípios da legalidade, e deslegalização, compreender as hipóteses de incidência das normas penais em branco, além de identificar e analisar os consequentes jurídicos inerentes à administrativização das normas penais em situações fáticas.

É indubitável que uma sociedade que se demonstra cada vez mais complexa, dinâmica, com aspectos sociais de risco, tenha o Direito condão para assumir seu papel, de modo a proporcionar garantias fundamentais ao cidadão.

Não foi outro o objetivo do presente trabalho quando abordou os aspectos do expansionismo do direito penal, conforme se observou, com a edição de diversas normas, compreendidas como leis, decretos, ou até portarias, outrora específicas do direito administrativo, mas que agora, revestidas de conteúdo sancionador característico do direito penal.

Ademais, percebe-se que são inúmeros os casos em que o legislador, quando da criação de um microssistema, como no caso do Código de Defesa do Consumidor, entende por bem criar tipos penais com o objetivo de garantir o cumprimento das normas administrativas e cíveis ali contidas.

Passando-se a diante, ainda são necessários que, ao descrever as normas e condutas das leis penais em branco heterogêneas, essas sejam realizadas de modo a limitar corretamente quando de suas complementações, para que seja dada atenção à taxatividade e que, nem todo o núcleo principal seja definido por meio de ato hierarquicamente inferior à lei.

Ainda, é preciso que na fase pré-legislativa seja realizada de modo mais efetivo, a ponto de estudar e caracterizar os ditames, incidências, facilitando o diagnóstico a ponto de evitar-se e fazer aplicabilidade das normas penais em branco em último momento.

À vista disso, conclui-se que, em matéria penal, deve-se tutelar bens jurídicos que, necessariamente infrinjam direitos fundamentais, com a garantia de aplicação

em *ultima ratio*, de modo que os limites do direito penal não sejam ampliados conforme bem pretendido pelo Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

BACH, Marion. GUARAGNI, Fábio André. **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Londrina: Thoth, 2017.

BANDEIRA, Thais. PORTUGAL, Daniela. **Criminologia**. Salvador: UFBA, Faculdade de Direito, Superintendência de Educação a Distância, 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31/08/2020.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 815.012. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 21/06/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4579331>> Acesso em 19/09/2020.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais**. 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn_id=103>. Acesso em 02/09/2020.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro (fundamentos e aplicação judicial)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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. **Direito penal econômico – análise contemporânea**. 2 ed. São Paulo: 2010, p. 163-190.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020a.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A acessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de Covid-19. *Conjur*, 2020b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/falavigno-assessoriedade-administrativa-direito-penal>>. Acesso em 02/09/2020.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 363-394.

GOMES, Marilângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONZAGA, Yara de Melo Miranda. **Função Normativa da Administração: uma análise acerca do fenômeno da deslegalização**. 2014. 116 f. Dissertação - Curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Renovar, 2007.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: Parte Geral**. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte geral e parte especial**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019c.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. **A sociedade de risco e a dogmática penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Trad. ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

SICA, Leonardo. **Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis n. 8.137/90 e 8.884/94**. In: Celso Sanchez Vilardi; Flávia Rahal Bresser Pereira; Theodomiro Dias Neto. (Org.). **Direito penal econômico – análise contemporânea**. 2 ed. São Paulo: 2010, p. 123-162.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. 2003, p. 607-630.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A Técnica das lei penais em branco como instrumento oportuno em um Direito Penal do Risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, 2008, p. 355-385.