

# NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: UMA ANÁLISE SOBRE A INSEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Bruna Martins Aguiar<sup>1</sup>

**RESUMO** Este estudo objetiva avaliar a insegurança jurídica no âmbito constitucional das normas penais em branco e sua aplicabilidade como ferramenta de complementação dessas normas. Primeiramente, restou analisada, de forma breve, sua evolução histórica, indicando-se o constante conflito em relação ao seu complemento. Posteriormente, são classificadas as normas penais em branco em seu modo analítico e tradicional. Por último, foi abordado o problema da insegurança jurídica à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a discussão doutrinária com espeque em tal insegurança causada. Este referencial teve fundamento bibliográfico, buscando através da literatura jurídica compreender os mecanismos existentes para utilização das normas bem como entender a classe doutrinária e acadêmica que ainda busca um melhor entendimento a esse respeito, partindo dos pressupostos do Supremo Tribunal Federal e seu posicionamento pela constitucionalidade dessas normas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Norma. Insegurança. Heterogênea. Penal. Constitucional.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A gênese da norma penal em branco. 3 Norma penal em branco e sua classificação doutrinária. 4 Análise crítica a respeito da constitucionalidade das normas heterogêneas com relevância principiológica. 5 A insegurança jurídica e seu declínio a inconstitucionalidade. 6 Considerações finais. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo em epígrafe avalia as normas penais em branco com espeque em sua classificação heterogênea e elenca os entendimentos doutrinários a fim de estabelecer as questões constitucionais que as circundam, referenciando-os com a

---

<sup>1</sup>

Turismóloga, Bacharela em Direito. Servidora Pública. E-mail: bruna\_martins@hotmail.com

insegurança jurídica causada por essa complementação, a qual ainda é objeto de importante discussão doutrinária nos dias de hoje.

Contemporaneamente, o Brasil adentra numa explosão de leis, um “Big Bang Legislativo” (LORENZETTI, 2010). Tal fato decorre da dinamicidade do mundo do crime, que busca constantes meios de burlar o sistema jurídico. O aumento da criminalidade, as constantes brigas judiciais entre o certo e o errado ou entre a doutrina e a jurisprudência, bem como os vários métodos de dar interpretação a norma de acordo com o caso concreto passam a propiciar muitas significações a um mesmo texto legal.

Indiscutivelmente, as alterações que acontecem na sociedade com os próprios valores devem ser acompanhadas de atualizações legislativas, a fim de continuar com justas punições e proibições, propiciando a sociedade um regramento a ser seguido para que haja o bem-estar social e uma boa vida em coletividade, devendo então o legislador estar atento a essas situações para que haja cumprimento da função que lhe é atribuída.

Nesse sentido, cumpre destacar que se vive em um tempo de pluralismo de fontes legislativas onde, por vezes, “a proliferação produz insegurança e paralisia. Não se sabe exatamente qual lei está vigente, como se solucionam os conflitos de leis, qual será a decisão final do intérprete...” (LORENZETTI, 2010), esse fato ocorre devido à infinidade de constantes atualizações legais efetuadas, as quais tentam acompanhar essa evolução da sociedade, mas que, por fim, acarreta mais dicotomia jurídica do que leis efetivas.

Diante de tantas normas penais em branco que necessitam de complemento, por vezes, surge o grande impasse doutrinário: a norma heterogênea afronta os princípios constitucionais e com isso resulta numa sensação “a *societá*” de insegurança jurídica? Nesse contexto epistemológico de incertezas e inseguranças que se fundamentam as circunstâncias da importância do estudo ora evidenciado. Depreende-se que a norma penal em branco em seu caráter homogêneo, não se conflita com as disposições constitucionais considerando que sua origem provém da mesma fonte legislativa assim seguindo os mesmos requisitos legislativos para que surtam seus efeitos.

Inicialmente, será pontuada brevemente a gênese da evolução histórica e as origens da norma penal em branco, bem como apontados os possíveis conflitos que podem advir das complementações derivadas da subdivisão das normas em relação

ao que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e analisadas as suas classificações, elencando-se as respectivas críticas doutrinárias. Posteriormente, será observada a norma de complementação heterogênea, bem como as suas fontes, os seus fundamentos principiológicos e a ambiência de sua aplicação.

Ainda, é feita uma análise dos princípios norteadores de todo direito com fulcro primordial e basilar na Constituição da República Federativa do Brasil, apresentando suas razões para o tema proposto e a dicotomia que há nas circunstâncias complementares. São demonstradas algumas alegações de ofensa ao princípio da segurança jurídica bem como ao princípio da legalidade.

Ademais, mister elencar que haverá uma análise crítica que circunda esse cenário, apontando as razões que sugerem a ideia central de insegurança com fundamento exclusivamente legal, concebido da própria Constituição da República Federativa do Brasil, e a aparente escassez de controle de constitucionalidade ao manter-se em vigor a norma penal heterogênea, apontado também a relevância do caráter doutrinário diverso a esse respeito. O método empregado na elaboração do referido estudo foi o de análise bibliográfica para melhor compreensão literal das normas.

## **2 A GÊNESE DA NORMA PENAL EM BRANCO**

O direito penal carrega em seu bojo o condão de oferecer segurança jurídica aos lesionados e a sociedade em geral, dessa forma, mister ressaltar que ele se orienta e se parametriza através de fontes formais de direito e, principalmente, é regido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 devendo assim respeitar todos os parâmetros lá estabelecidos assim como qualquer outro ramo do direito. Na técnica jurídica, fonte é origem do Direito; é na verdade, o Direito em si, mas saído do obscuro e revelado ao mundo (NUNES, 2008), e nessa circunstância deve ser revelado de forma evidente e que não haja dúvidas sobre a sua aplicação e interpretação.

Dando ênfase axiológica, descreve o caráter intrínseco dos princípios da Constituição Federal que permeiam:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –,

limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal. (PRADO, 2010, pg. 32).

Por se tratar de um direito que limita outros direitos fundamentais, é condicionante seguir e respeitar alguns princípios essenciais como: dignidade da pessoa humana, liberdade, dando espeque no princípio da legalidade que conforme artigo 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil aduz, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, que principalmente nesse artigo convencionou-se não a maior, mas uma das discussões doutrinárias mais atinentes em desfavor das normas penais em branco. Os princípios devem ser analisados nas duas searas, tanto no âmbito constitucional quanto penal, e nesse diapasão ainda esclarece:

É de bom alvitre distinguir entre princípio de natureza penal constitucional – princípios penais propriamente ditos (v.g., princípio de legalidade, de culpabilidade, de individualização e da personalidade da pena) previstos na Constituição. Integram o ordenamento penal positivo “em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do Direito Penal”, e outros princípios de conteúdo não especificamente penais (de caráter geral ou heterogêneo), também consagrados no texto constitucional, que versam sobre matéria penal (v.g., princípios de proporcionalidade, de igualdade, de necessidade). Estes últimos se referem à matéria de relevância constitucional, estabelecendo quase sempre suas diretrizes. Sua influência no Direito Penal moderno pressupõe, em certa medida, seu caráter sancionatório, “enquanto (...) condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística. [...] Em suma: os primeiros são princípios penais constitucionais, e os segundos são constitucionais penais. Tanto em um sentido como em outro, operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal. (PRADO, 2010, pg.67).

Foi Karl Binding, jurista e promotor de justiça da corte alemã, desde o início de sua carreira no mundo jurídico em 1879, que descreveu a norma penal em branco como “uma alma errante em busca de um corpo”, essa expressão é utilizada por muitos doutrinadores ao conceber em sua literalidade e de maneira expressiva seu significado, a considerar, que todo corpo possui sua alma, logo, essas normas estão à procura de sua complementação correta.

A discussão doutrinária a respeito de sua constitucionalidade não é pacificada até os dias atuais, dada as contrariedades de sua complementação

dentre outros motivos. Em que pese tal circunstância, etimologicamente, sua construção ao longo dos anos foi extremamente desenvolvida, em especial a respeito de sua complementação com o intuito de minimizar os possíveis efeitos de sua inconstitucionalidade ou insegurança jurídica.

Nesse sentido, com a evolução sistêmica em todos os âmbitos, tem-se um vasto crescimento ensejando a impossibilidade de previsão das várias nuances do mundo criminoso, uma vez que essa evolução emerge muito rápido e muito além das atualizações legais. Desta feita, alguns agentes criminosos buscam burlar a legislação por um determinado espaço de tempo até encontrarem outras maneiras de continuar a prática delituosa na tentativa de burlar o nosso sistema jurídico com as suas práticas antijurídicas, mas, que por não haver um tipo legal incriminador específico, haverá uma grande probabilidade de não ensejarem punição adequada.

O direito penal traz, em seu bojo, o dever de estabelecer o cumprimento dos princípios constitucionais com primazia ressaltando primordialmente a promoção de garantir a proteção dos bens jurídicos tutelados coibindo condutas delituosas através de sua penalização, salientando que toda e qualquer ramificação do direito deve ter como base a Constituição da República Federativa do Brasil.

Aduz ainda GUARAGNI (2010, pg. 02) em seu artigo “Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras”, aduz que “O direito penal, ao assumir a função de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros”.

Por se tratar de limitação de direitos, e com esboço principal no direito à liberdade, o direito penal deve ser constituído de atenção máxima aos princípios e preceitos de nossa Carta Magna, para que, nesse condão, seja aplicado de modo coeso, uma vez que a sua utilização poderá atingir tanto a liberdade individual e como a coletiva.

A norma penal em branco pode ser complementada tanto pela mesma fonte legislativa como por atos normativos secundários, dentre os quais podemos citar alguns atos administrativos como os decretos e as portarias, sendo que, nesse segundo aspecto, há grandes discussões doutrinárias. O preceito primário com a necessidade de complementação muitas vezes em normas inferiores como portarias

e decretos faz com que haja muitas divergências sobre seu uso, a considerar os princípios constitucionais, refletindo a sensação de insegurança jurídica.

No entanto, com a contemporaneidade verifica-se uma modernização em relação às práticas delituosas, resultando em uma busca incessante para que tal criminalidade, muitas vezes organizada, se mantenha cada vez mais ativa e com o intuito de inibir e dificultar cada vez mais a sua penalização.

Dentre esses fatores, destaca-se a norma penal em branco heterogênea, que ocorre quando uma norma é complementada por fonte diversa e ou inferior daquela do preceito primário. Assim, esta complementação por fonte inferior é considerada inconstitucional por muitos estudiosos por violar o princípio da legalidade, atribuindo competência legislativa em matéria penal a quem não a possui por força de nossa Carta Política.

É vedado o exaurimento principiológico constitucional, por se tratar de base principal e essencial para fundamentar as leis advindas que devem obedecer aos critérios de compatibilização e não pormenorizar seus fundamentos. Nessa seara, merece destaque os ensinamentos PRADO (2010, pg.76):

A lei penal estruturalmente incompleta, também conhecida como lei penal imperfeita, é aquela em que se encontra prevista tão somente a hipótese fática (preceito incriminador), sendo que a consequência jurídica localiza-se em outro dispositivo da própria lei ou em diferente texto legal direito penal, ao assumir a função de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros.

Todavia, a maior discussão gira em torno da aplicação destas medidas. Considerando que por exemplo a se tratar de substâncias toxicológicas faz-se necessária a utilização de portaria da Anvisa, razão pela qual a correta aplicação da norma penal depende de um complemento administrativo advindo de órgão sem competência de legislativa em matéria penal.

Dessa maneira, há um sério descumprimento de nossa Carta Magna, a qual estabelece os critérios para se legislar em direito penal, como por exemplo a competência privativa da União para tal desiderato. Contudo, ao contrário, se considerarmos a possibilidade de todo trâmite legislativo para aprovação de novas substâncias tóxicas, por exemplo, haveria uma demora acentuada para a inclusão de tais substâncias no rol de crimes ensejando prejuízos irreparáveis para a coletividade.

### 3 NORMA PENAL EM BRANCO E SUA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

As normas penais em branco se classificam em homogêneas e heterogêneas, sendo homogênea aquela que é complementada pela mesma fonte, como exemplo quando uma norma penal se complementa por algum dos mandamentos do código civil, já a heterogênea, objeto de discussão desse estudo, ocorre quando a complementação da norma provém de uma norma inferior, como é o caso de portarias, resoluções, decretos entre outros atos normativos que não seguem o mesmo rito processual legislativo.

A lei quando é delimitadora de algum direito, como no caso da norma penal, deve ser escrita e compreensível a todos, conforme estabelece a própria Constituição Federal, uma vez que os cidadãos devem ter clareza das limitações de seus direitos, desse modo, a norma penal em branco heterogênea, quando necessário seu complemento ser buscado fora do contexto legislativo comum, passa a ensejar insegurança jurídica.

A norma, por vezes em sua interpretação literal, inviabiliza a aplicação de uma decisão justa ao caso judicializado, “havendo necessidade de uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade” (NADER, 2013). Esses limites impostos pela lei, geram, por vezes, incoerências, porém há uma norma basilar de princípios a ser seguida para que parametrize essas correções sem afetar o texto e sua constitucionalidade, para que, dessa maneira, não perca a norma o seu parâmetro legal.

Consoante ao caráter peculiar de cada vertente da norma penal em branco, são classificadas em homogênea e heterogênea, sendo uma em sentido lato e a outras em sentido estrito respectivamente, GRECO (2014, pg. 23) leciona a esse respeito:

As normas penais existentes no Código não têm como finalidade única e exclusiva punir aqueles que praticam as condutas descritas nos chamados tipos penais incriminadores. Existem normas que, em vez de conterem proibições ou mandamentos os quais, se infringidos, levarão a punição do agente, possuem um conteúdo explicativo, ou mesmo têm a finalidade de excluir o crime ou isentar o réu da pena.

A norma penal em branco homogênea é aquela cujo complemento se dá pela mesma fonte legislativa, como clássico exemplo, tem-se o artigo 237 do código penal, contrair casamento sabendo de impedimento, sendo fundamentado seu entendimento com espeque no artigo 1521 do código civil, mesmo que haja a

necessidade de complemento ele é fundamentado no mesmo dispositivo, sendo assim a hierarquia está nivelada e os procedimentos legislativos para confecção de tal ato normativo seguiu os mesmos ritos sob os padrões constitucionais exigidos, a considerar que toda lei passa pelo controle de constitucionalidade e demais ritos legislativos.

Em contrapartida, a norma penal em branco heterogênea, passível de constante discussão doutrinária e entendimento acadêmico, se dá pelo fato de que a complementação deriva de ato normativo de instância inferior como decretos, portarias, instruções, regulamentos, dentre outros, os quais não seguem o mesmo rito de aprovação legislativa e o próprio controle de constitucionalidade que se estabelece quando criada uma lei principalmente em caráter restritivo de direitos, como é o caso do direito penal.

Como fundamento contemporâneo a respeito da relevância da discussão sobre a possível inconstitucionalidade que a norma penal em branco heterogênea norteia podemos elencar a Lei nº 11.343/2006 que institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, que em seu artigo 33 dispõe sobre o crime de tráfico de drogas, sendo que o conceito do que pode ser compreendido como droga é encontrado na Portaria nº 344/1998 da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária que aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

A Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária atualizou a Portaria nº 344/1998 através da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 175 de 15 de setembro de 2017, a qual incluiu substâncias no rol de drogas, bem como alterou outras.

Essa lista é extremamente substancial no caráter punitivo em consonância com a Lei nº 11.343/2006 considerando que para que haja as punições e penalidades descritas na lei é essencial a análise proibitiva de tais substâncias químicas, que podem sofrer alterações em seu conteúdo a qualquer momento, assim, atingindo diretamente o contexto jurídico que se propõe indubitavelmente, recaindo assim seus efeitos sobre a sociedade.

Nesse contexto pode-se destacar as considerações de BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR (2003, pg. 503):

Não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há



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

A norma penal em branco, quando heterogênea então, delega a função de legislar a uma fonte inferior, ensejando inúmeras discussões a esse respeito, uma vez que denigre, além das disposições constitucionais, muitos princípios norteadores de todas as leis, os quais devem ser seguidos para que não haja instabilidade no direito, principalmente quando se considera o direito penal. Deve-se levar em consideração que a norma penal em branco heterogênea aponta uma exclusão principiológica de normas jurídicas estabelecidas pela Constituição República Federativa do Brasil.

Destarte, é possível concluir, com propriedade no âmbito do Código Penal, que não se deve pormenorizar a utilização dialética dos princípios, uma vez que o direito penal utilizado como "*ultima ratio*" por cercear direitos, como o de liberdade em especial, deve estar fundamentado em bases sólidas que são encontradas e cristalizadas na Constituição da República Federativa do Brasil, tanto que a mesma definiu uma série de requisitos tais como competência, princípios e limitações a fim de mitigar os erros advindos de seu mau uso e a má influência sobre a sociedade.

Esses limites e o uso do controle de constitucionalidade nas normas infraconstitucionais servem como limitadoras para que normas posteriores não possam mitigar direitos já definidos, não podendo sofrer limitações indevidas.

#### **4 ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS HETEROGÊNEAS COM RELEVÂNCIA PRINCIPIOLÓGICA**

Como amplamente debatido na doutrina, há uma grande discussão que assola a constitucionalidade das normas penais em branco em sua definição

heterogênea uma vez que sua complementação violaria o princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Mesmo que o assunto esteja pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual, em seu informativo de número 41, conferiu uma maior ênfase em relação à constitucionalidade dessas normas, cumpre destacar que ainda resta presente a sensação de insegurança jurídica tanto para a sociedade quanto para os operadores do direito de uma maneira geral.

Nesse sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI (2010, pg. 388) lecionam:

Essas leis em branco não criam maior problema quando a fonte normativa a que remetem é outra lei formal, isto é, também emanada do Congresso Nacional. Mas o problema se torna mais complicado quando a norma não surge de outra lei em sentido formal, e sim de uma lei em sentido material, mas que emana de uma Assembleia Legislativa Estadual ou da Administração (Poder Executivo, inclusive o municipal). Nestes casos, pode-se correr o risco de estarmos diante de uma delegação de atribuição legislativa em matéria penal – que compete ao Congresso da Nação – e que estaria vedada pela Constituição Federal.

Deve-se observar que apesar da constante mutação de meios sobre os quais os criminosos buscam burlar as leis para que não sejam punidos podemos afirmar que é relativamente impossível haver toda previsão escrita na forma da lei, considerando até mesmo o tempo do rito para que a lei esteja apta a surtir efeitos.

Neste diapasão, com fulcro no princípio da legalidade, previsto no artigo 5º de nossa Constituição e que dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, a doutrina, ao verificar o contexto da complementação heterogênea, afirma que tal fenômeno não respeita o trâmite processual regular, uma vez que o complemento pode ser alterado a qualquer tempo sem aprovação das casas legislativas, bem como a partir de sua publicação este ato normativo secundário terá validade de lei, podendo então, cercear e liberar alguns direitos, no âmbito do direito penal.

Cabe aqui elencar o Processo Crime nº 2000.61.06.012880-0/SP, da 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto SP, em que o agente foi denunciado pelo Ministério Público por tráfico de drogas, com mais de seis mil unidades de lança perfume, que continha a substância indicada cloreto de etila, que na época constava no rol de substâncias proibidas, mas por superveniente edição da Resolução ANVISA nº 104/2000, publicada em 07/12/2000, a substância foi excluída da referida lista. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC proveniente de tal processo determinou a soltura do denunciado por não haver então praticado crime

algum, operando-se a “*abolitio criminis*”. Verifica-se a emenda do Habeas Corpus 94.397/BA, de relatoria do Ministro CEZAR PELUSO:

AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de 'lança-perfume'. Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. 'Abolitio criminis'. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. 'HC' concedido. A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA nº 104, de 7/12/2000, retirou o 'cloreto de etila' da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Desta feita, através do caso em comento, podemos ressaltar a volatilidade oferecida por intermédio da norma penal em branco, uma vez que a Anvisa, ao simplesmente editar um ato administrativo, foi capaz de interferir na liberdade e condenação do cidadão, sem ter seguido qualquer rito processual.

Ademais, mister salientar que a referida substância fora retirada da lista de substâncias proibidas pela Anvisa em 07/12/2000 sendo reeditada e novamente incluída em 15/12/2000, ou seja, em um curto lapso temporal entre a exclusão e a inclusão da substância, com efeitos diretos na liberdade do agente.

Para muitos descabe alegar inconstitucionalidade ou insegurança jurídica, por não haver possibilidade de que o ordenamento jurídico passe a prever toda e qualquer ação dos indivíduos. Alega-se isso, por exemplo, em relação às drogas, uma vez que as substâncias químicas proibidas são definidas através de portaria da Anvisa, por não haver um modo de concatenar todas essas num único e fixo rol de substâncias proibidas.

Cabe trazer à baila, no entanto que se trata de uma maneira de mitigação da Carta Magna, considerando seu sentido literal que deveria ser entendido para os ritos processuais, principalmente, em condutas proibitivas no âmbito da esfera penal, os quais são de competência legislativa privativa da União. De toda ordem é dizer, a mesma alegação de insegurança jurídica pode ser oferecida a muitos métodos tradicionais de interpretação, mas não de complementação e principalmente na vertente penal.

No fundo, seja essa complementação obtida mediante o método homogêneo ou sob o método heterogêneo, se exige coerente fundamentação na Constituição da República. De qualquer modo, qualquer que seja o fundamento da complementação,

a mesma deverá seguir os preceitos estabelecidos inclusive podendo ser guerreada ao valer-se do controle de constitucionalidade.

A crítica mais robusta ao método de complementação heterogênea, que encontra arrimo numa possível ofensa aos princípios da segurança jurídica e da legalidade, parte, como bem colocado por ZAFFARONI e PIERANGELI (2010, pg. 390), de uma certa desvalorização do rito a ser seguido, conforme explica:

O poder que complementa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais. Assim, por exemplo, o Executivo não pode incluir o café na lista de substâncias entorpecentes, como tampouco o vinho. Nem mesmo poderia incluir um rifle de ar comprimido entre as armas de guerra.

Seguramente, eventual “surpresa” da sociedade que é regida pelo ordenamento jurídico brasileiro, não deveria acontecer, pois a compreensão isolada da norma penal em branco não tem sentido, mas quando passa essa complementação por uma vertente formal e de mesma fonte legislativa se considera cumprimento dos preceitos fundamentais.

Pode-se analisar os princípios de modo singular constatando assim que há fundamento real nessa discussão doutrinária a respeito de sua legalidade e descumprimento aos princípios basilares constitucionais, com ênfase no artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil que estabelece ser de competência exclusiva da União legislar sobre direito penal, destaca-se que os principais doutrinadores que defendem a ideia de inconstitucionalidade das normas penais em branco são: Rogério Greco, Grégore de Moura, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia, Slokar entre outros juristas que se preocupam com a questão de controle de constitucionalidade das normas, e ainda nesse sentido COPETTI (2000, pg.39) analisa:

Já havendo uma inflação penal desmedida que torna impossível o conhecimento, pela população, das condutas consideradas ilícitas, a situação criada pelas normas penais em branco, que transferem basicamente à esfera administrativa a atribuição de regulamentar a extensão dos tipos penais, torna-se ainda mais agravada. Não concordamos com a despreocupação de Soler quanto à não existência de qualquer função repressiva na regulamentação administrativa das normas penais o penalista argentino, a lei penal em branco, que defere a outro a fixação de determinadas condições, não é nunca uma carta branca outorgada a esse poder para que assumam funções repressivas, e sim o reconhecimento de uma faculdade meramente regulamentar. Ora, se não há uma transferência da função repressiva, no mínimo existe um deslocamento da complementação da norma penal, a ser feita através de

uma outra espécie legislativa que não a lei, o que viola o princípio da reserva legal. Por outro lado, há um aumento significativo da extensão do enunciado da norma penal, em instrumentos normativos de difícil acesso aos destinatários do sistema normativo, pois os regulamentos, portarias ou editais administrativos são praticamente desconhecidos dos cidadãos, o que, sem dúvida alguma, enfraquece substancialmente a função de garantia dos tipos penais.

A premissa que deveria ser seguida segundo esses doutrinadores é a de que a lei de ordem penal deve manter-se em seu caráter constitucional e seguir todos os tramites processuais e não delegar tais funções de tamanha monta a um ato administrativo capaz de delimitar direitos na seara criminal, continuando com o entendimento, cita-se ainda MOURA (2011, pg. 03):

As normas penais em branco ferem o princípio da legalidade estrita, pois permite que decretos, portarias, entre outros, instituam crimes e cominem penas; abre uma enorme margem de discricionariedade para o Poder Executivo, cujo qual, é altamente suscetível às pressões políticas, bem como às pressões da opinião pública, o que gera normas atécnicas; abrem margem à criação de um Direito Penal de exceção; geram insegurança jurídica no cidadão, pois se já é difícil para o destinatário da norma penal conhecer a lei penal, ainda mais difícil se torna o conhecimento de decretos, portarias, etc.

A interpretação sistemática e literal das diretrizes constitucionais, principalmente no mundo acadêmico, e a complementação heterogênea geram grande sensação de insegurança jurídica, ora, se os preceitos basilares podem ser, de certa forma, suprimidos e isso é contemplado e recepcionado pelos operadores de direito, há, neste caso, um grande dilema a respeito do que seriam as cláusulas pétreas e se elas realmente são de “pedra”, pois havendo a possibilidade de alteração, como “*in casu*” um ato administrativo penalizar um ato na esfera criminal, não tira esse poder exclusivo da União?

Nesse passo, o intérprete deve avaliar a norma dentro do sistema, observando todas as suas concatenações do mundo contemporâneo e buscando o entendimento que a norma penal em branco é complementada de forma homogênea ou heterogênea, objetivando sempre o real cumprimento e propósito do direito penal e conferindo atenção à estrutura do sistema, ou seja, aos comandos hierárquicos e à coerência das combinações entre as normas e o próprio arcabouço jurídico.

## **5 A INSEGURANÇA JURÍDICA E SEU DECLÍNIO A INCONSTITUCIONALIDADE**

A conceituação da norma penal em branco heterogênea traz consigo o caráter de insegurança jurídica ao considerar que tal norma de âmbito penal será complementada através de fonte inferior e fora dos princípios supramencionados, bem como retira a função do poder legislativo, a quem lhe é conferida essa tarefa através do sufrágio universal.

Muito embora as considerações para defesa dessas normas sejam os aspetos técnicos exigidos em determinadas áreas, bem como o caráter volúvel da sociedade sendo impossível positivar todas as possíveis infrações humanas, gera estranheza a forma com que um poder exclusivo de legislar da União seja esquivado de tal rito a considerar o conhecimento específico como acima citado.

A hermenêutica deve ser utilizada, analisada e consolidada, ora, é este o preceito fundamental de prevalecer os aspectos constitucionais, uma vez que eles surgem a partir de diretrizes básicas e limitadoras, para que assim seja minimizada senão evitada totalmente a insegurança jurídica que se destaca através de um tipo penal aberto para fechamento com fonte inferior.

Desta feita, faz-se necessária a obtenção de conhecimento intrínseco, assim considerando que “enquanto a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando tais diretrizes.” (NADER, 2013, p. 261).

Logo, extrai-se que há muito mais emprego da interpretação nas normas penais em branco, do que o uso da hermenêutica visando um entendimento mais completo, determinando o alcance legal de maneira completa. Ainda nesse aspecto MAXIMILIANO (2011, pg. 09), já advertia:

A interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não e dispõe, sequer de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais.

Assim sendo o direito penal tão limitador e tão restritivo dos direitos humanos fundamentais também instituídos pela Constituição Federal traz à tona uma norma indeterminada ou que não se encontra seu fechamento no mesmo códex. Ao não se obedecer às bases que são impostas nessa vertente se verifica a fragilidade do ordenamento jurídico no que diz respeito a própria origem.

A norma em si deve ser clara a ponto de qualquer cidadão entender com clareza os parâmetros proibitivos ou não de que se propõe. Nesse sentido, a leitura tão somente de uma norma penal em branco em que há necessidade de buscar sua complementação fora do ordenamento, tendo-se conhecimento a constituição que preceitua a exclusividade da União em legislar sobre a norma penal, gera insegurança, isso é fato.

Se os valores basilares não estão sendo verificados como exigir que o cidadão acredite que há no Brasil leis que tenham real eficácia, sendo que dentro de suas próprias regras autoriza o uso de atos administrativos para incriminação de uma conduta, como, por exemplo, no caso de drogas.

O processo legislativo seguido pelo Brasil é rígido, exige uma série de requisitos para que haja finalmente uma lei capaz de surtir efeitos. O mesmo não ocorre em esfera administrativa, pois a publicação de ato administrativo como portaria e resoluções, por exemplo, não se faz necessário passar pelo rito de aprovação legislativa como é das leis normalmente, e sim um estudo meramente técnico, que se chega a uma determinada conclusão considerando padrões por eles estabelecidos, mas que no âmbito legal segue sem nenhum tipo de verificação padrão e até mesmo pelo controle de constitucionalidade que toda lei deve ser revestida e sabatinada.

É imprescindível a observação de que toda interpretação, tenha influência da Constituição Federal. Toda interpretação não deve entrar em conflito com a Constituição Federal, sob pena de invalidade (MIRAGEM, 2012).

Permeia-se que o nivelamento das normas legais traria a sociedade uma sensação jurídica de justiça muito relevante assim como deveria ser. A busca pela unidade do ordenamento e respeito à constituição são diretrizes impostas ao intérprete que se vale da tese do diálogo das fontes, mas isso não implica em igualá-la à interpretação sistemática, à conforme a constituição ou qualquer outra (BESSA, 2012).

A norma heterogênea não é em si inconstitucional, mas sim, fora dos próprios limites constituídos ao longo desses anos, e o fundamento desses princípios é para que se evite o caráter excessivo ou desregular do uso das normas jurídicas, mesmo assim dispõe um leque de interpretações, mas nesse sentido vale salientar:

Seja como for, deve ser o próprio legislador quem toma a decisão última sobre o possível conteúdo da norma de comportamento. De maneira que, quando deixa o legislador plena liberdade à Administração para estabelecer obrigações de comportamento, o correspondente tipo penal ou contravençional se torna inconstitucional por vulnerar [...] a Constituição Federal. TIEDEMANN (2002, p. 77).

Então, pode-se considerar que o direito penal em sua totalidade retira de alguma maneira a liberdade do cidadão que infringe alguma lei, e sendo a liberdade consagrada como direito fundamental, o legislador ao positivizar uma norma tem que estar atento a todos os princípios que a envolvem, mas ao indicar essa possibilidade a um ente inferior, que irá praticamente legislar sobre o assunto delimitando quem poderá ser penalizado por exemplo passa a ideia da inconstitucionalidade.

As complementações técnicas exigíveis são consideráveis mas não tiram de seu conteúdo a necessidade de seguimento constitucional para alcançar e manter a segurança jurídica e nisso se concatena muito bem a norma penal homogênea, tendo em vista o fato de se tratar de uma norma aberta, mas que seu fechamento está disposto no mesmo tipo, dando a legalidade real que se busca através de uma interpretação sistemática no mesmo nível hierárquico.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A considerar a análise geral do tema em epígrafe, ressalta-se que apesar do tema estar pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo ao examinar a norma penal em branco e as hipóteses incidentais não consagra a inconstitucionalidade da norma penal em branco por encontrar fundamentos de específicas necessidades técnicas para que tal ato se mantenha no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale registrar o importante aresto do Supremo Tribunal Federal, mas há de se estabelecer parâmetros que a doutrina julga como peculiar. Muitos juristas tendem a explicar a inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea por encontrarem motivos de fato e de direito no sentido de que a norma em questão viola os princípios norteadores do direito.

A discussão permanece e aflora ao longo dos anos, uma vez que as insurgências decorrentes da utilização inadequada dos aspectos basilares constitucionais trazem uma relevante fragilidade de valores essenciais como a



segurança jurídica e o respeito à reserva legal da lei penal, em especial no que tange às normas penais em branco de carácter heterogêneo.

A aceitação do complemento em sentido estrito, demonstra clara agressão à segurança jurídica, uma vez que relega aos órgãos administrativos o poder de legislar sobre a esfera penal. O promotor de justiça e jurista GUARAGNI (2000), nesse sentido delimita três pontos essenciais que devem ser observados para que a norma penal em branco seja utilizada com carácter constitucional sem extrapolar os limites já impostos e retirar do seio social a insegurança jurídica atinente da mesma, primeiramente que a norma estabeleça o núcleo duro, que só remeta o complemento ao cunho técnico de carácter científico para comprovação da necessidade do complemento heterogêneo e por fim que a fonte complementadora já desenvolva as atividades ligadas ao complemento tendo assim atribuições sobre a área que incidirá tal norma sobretudo a penal.

O Supremo Tribunal Federal tem prestigiado o tema em análise, decidindo de forma reiterada pela constitucionalidade do instituto em voga. Entende a Corte Superior que a norma necessita de cunho técnico e ela não delega poderes de legislar, mas tão somente o de complementar, devendo ser aplicada concomitantemente a interpretação da Constituição Federal e todos os princípios, assim não havendo nenhum tipo de inconstitucionalidade a ser questionada.

Porém, o que se pode contextualizar é que a norma penal em branco heterogênea não obedece aos critérios constitucionais, uma vez que os princípios norteadores do sistema jurídico pátrio são suprimidos nesse tipo de complemento. Em que pese a importante necessidade do cunho técnico extremamente inescusável e real para haver plausibilidade no conteúdo do estereótipo, porém o simples aceite a cada publicação de um ato administrativo, que é capaz de surtir efeitos tão modificadores, não parece ser aceitável considerando que, de fato, limita direitos fundamentais e gera na sociedade a sensação de insegurança jurídica, pois não havendo um trâmite legal a ser seguido a qualquer momento pode o cidadão ser surpreendido com novos complementos ensejadores de condenações penais.

A discussão doutrinária a esse respeito se mantém ao passo que, se pode a norma penal em branco heterogênea ter a capacidade de mitigar alguns princípios constitucionais e os próprios constituintes são a favor dessa complementação, essa insegurança se manterá independente da sociedade civil e acadêmica em seu âmbito estudantil ou doutrinário.

Apesar de a legitimidade do instituto em voga já se encontrar pacificada pela Suprema Corte, podemos concluir que a norma penal em branco heterogênea não encontra legitimidade no contexto constitucional, assim orienta PAVÓN (2002, pg. 111), salientando que o princípio da legalidade não deve ser encarado apenas como garantia de segurança e previsibilidade, mas também para evitar o arbítrio judicial.

Logo, o estudo em questão passa a um caráter reflexivo a respeito dos contextos em que as normas penais em branco de caráter heterogêneo passam a mitigar as suas análises e compreensão junto à luz da constitucional, o que salienta o sentido de insegurança nesse grandioso rol legislativo que a sociedade está submetida, mas que ainda assim é ineficaz.

O intento desse paradigma é demonstrar que pode o direito penal ser tendencioso, uma vez que ao ser complementado por ato administrativo, passa então, a exclusividade de legislar a um ente de instância inferior, mas, ainda assim, capaz de criminalizar atos e limitar direitos de alta monta na vida humana.

Cumprе salientar que a ideologia ora apresentada, aclara-se nas razões de que o direito independente do ramo, mas principalmente o penal, deverá consubstanciar-se nos aspectos constitucionais, sem exceção, porém, como foi observado por vezes é acometido de mitigação para que as atualizações legislativas alcancem sua eficácia em tempo hábil.

As normas penais em branco devem ter uma atenção especial da sociedade acadêmica no que concerne ao seu entendimento no sentido literal, verificando a cada passo do estudo desse instituto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para haver plena compreensão a respeito da eficácia da norma bem como seu revestimento de controle de constitucionalidade, deve-se ainda considerar que o sistema jurídico é constituído de poderes superiores que pacificam todas as questões conflituosas em torno do ordenamento, dessa forma, por mais que gere estranheza ao confronto desse instituto, o entendimento final é do Supremo Tribunal Federal, que já se manifestou pela constitucionalidade da norma heterogênea.

O entendimento a fundo das questões conflitantes e arraigadas de discussões doutrinárias, deve sempre ser objeto de estudo tanto ao estudante quanto ao profissional, para que assim, se possa continuar com os estudos e acompanhar o entendimento das cortes superiores e se posicionar o faça de

maneira coerente e com fundamentos reais e não com meras convicções de rasos estudos.

O direito nunca terá aceitação total, sempre haverá afrontamento doutrinário, sempre haverá duas correntes de entendimentos, o que facilita para o campo de atuação do profissional de direito, bem como a sociedade tanto a que foi relativamente lesada quanto para aquela que se sente acatada pelo ordenamento, logo, pelo sim ou pelo não, considera-se relevante o aspecto geral de estudos dicotômicos a respeito das normas penais em branco.

## 7 REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 2 ed. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 489-660.

BESSA, Leonardo Roscoe. **“Diálogo das Fontes no direito do consumidor: A visão do Superior Tribunal de Justiça”**. Coordenação: Cláudia Lima Marques. 1º ed. 2012 São Paulo. RT.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.397/BA**. Relator: Ministro CEZAR

PELUSO. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8996220/habeas-corporus-hc-94397-ba>>. Acessado em: 03/09/2018.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)>. Acessado em: 16/08/2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal brasileiro**. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 16/08/2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7º ed. rev. Coimbra. Almedina, 2003.

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

SCATOLINO, Gustavo. **Manual de Direito Administrativo**. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. **Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: <[http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios\\_\\_2.pdf](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf)>. Acessado em 26/08/2018.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20° ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011.

MIRAGEM, Bruno. **“Eppur si muove”**: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. Coordenação: Cláudia Lima Marques. 1° ed. 2012. São Paulo. Revista dos Tribunais.

MOURA, Grégore Moreira de. **Reflexões sobre a norma penal em branco e o princípio da legalidade**. Disponível em: [http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1204](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1204). Acessado em: 30/05/18.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35° ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAVÓN, Pilar Gómez. **Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, v. 37, jan./mar. 2002

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 7° ed. São Paulo. Método. 2012.

TIEDEMANN, Klaus. **La ley penal em blanco**: concepto y cuestiontes conexas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, v. 37, jan./mar. 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 8.ed. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais.