

NORMAS PENAIS HETEROGÊNEAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Everton Luis Simon Engel¹Lucas Ian Thiel Folmer²

Resumo

É sabido que nosso Código Penal foi desenvolvido em uma época um tanto quanto diferente da de hoje. Tais leis foram criadas com o intuito de instaurar uma Ordem Pública, bem como proteger o cidadão de fatos que atentem contra sua vida, honra, liberdade, patrimônio, entre outros que prejudicam o seu convívio em sociedade, bem como a próprio coletividade e o próprio Estado. Desta forma, o Código foi se modificando com o tempo, seguindo as tendências culturais e das mudanças do convívio em sociedade. Diante disso o artigo vem com a proposta de confrontar a lei penal em branco heterogênea, algo recente, que está presente no ordenamento jurídico, de encontro com o Princípio da Legalidade. Sendo assim, serão elencadas doutrinas dos mais variados doutrinadores do Código Penal, as quais apresentam elementos divergentes na situação exposta, mostrando os pontos de vista em relação a utilização das normas e sua inconstitucionalidade ou não com base no Princípio da Legalidade.

Palavras-chave: Legalidade. Norma penal. Legislação penal. Heterogênea. Doutrinas.

1 INTRODUÇÃO

A existência das normas penais em branco heterogêneo são algo recente no Código Penal Brasileiro. Sua nomenclatura se dá pelo fato de necessitar de uma complementação para a sua eficácia, ou seja, a lei prevista no Código precisa de um outro normativo para ter a sua aplicação garantida.

O Princípio da Legalidade está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º inciso II, tendo como definição "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", ou seja abre discussão sobre a constitucionalidade de tal norma;

Um exemplo disso é a Lei 11 343/06 (Lei de Drogas) onde sua aplicação é condicionada a Portaria da ANVISA que prevê quais são as substâncias ilícitas. Desta maneira temos uma Lei que passou por todo um processo de implementação no Poder Legislativo, mas que sua aplicabilidade depende de uma Portaria formulada pelo Poder Executivo.

A problemática de pesquisa é buscar distinguir as doutrinas que divergem sobre a aplicação da norma penal em branco heterogênea no ordenamento jurídico. Para isso apresenta-se uma discussão totalmente teórica (bibliográfica) sem entrar no mérito de cada ponto vista.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Da norma penal em branco

Normas penais em branco são aquelas em que há necessidade de complementação isso significa que, embora a lei penal traga a descrição da conduta ilícita, essa descrição necessita de um complemento extraído de outra fonte, podendo ser um regulamento, decreto ou lei. Para tanto, as normas penais em branco, são aquelas cujo complemento é extraído de fonte diversa daquela que editou a norma que necessita ser complementada, conforme GRECO (2008).

"A partir do momento que tivermos de nos fazer essa pergunta, ou seja, a partir do instante que necessitamos buscar um complemento em outro diploma para que possamos saber o exato alcance daquela norma que almejamos interpretar, estaremos diante de uma norma penal em branco"

Como bem cita Masson (2019) , " Para Franz von Liszt, leis penais em branco são como "corpos errantes em busca de alma". Existem fisicamente no universo jurídico, mas não podem ser aplicadas em razão da sua incompletude".

Isso significa que o artigo não traz conjuntamente com o ato ilícito todos os seus objetivos, ou seja, genericamente indica a proibição, sendo indispensável para tanto, a estrutura de outro ordenamento para que a norma seja compreendida num todo, conforme explica GRECO (2016, p.68).

"[...]Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente um complemento extraído de um outro diploma - leis, decretos, regulamentos etc. - para que possam, efetivamente ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível a sua aplicação."

Contudo, em se tratando de norma penal em branco, precisa-se entender que além de necessitar a complementação homogênea, que o seu preenchimento se dá através de uma norma advinda do direito, algumas complementações não têm cunho legislativo e são compreendidas como norma penal em branco heterogêneas, conforme destaca GRECO, (2016, p.70) que "As normas penais em branco de complementação homóloga heterovitelíneas tem suas respectivas normas complementares oriundas de outro ramo do direito".

Almeida (2011, p. 44), nesse sentido, enfatiza que:

Sendo a elaboração de normais penais competência exclusiva do Poder Legislativo, atribuir ao Poder Executivo o poder de disposição sobre o conteúdo e sobre a oportunidade e conveniência de editar o ato administrativo que compõe o preceito acessório acabaria por deslocar indevidamente a competência, lesionando a tripartição dos poderes. No final das contas, a competência regulamentar do Poder Executivo transforma-se, diz a doutrina crítica, em competência de dizer o conteúdo da proibição criminal.

Deste modo, em vários artigos do código penal, a complementação é oriunda de ordenamento extrajudicial. A Lei de Drogas é um exemplo onde que o poder legislativo federal inovou a ordem jurídica através da Lei 11.343/2006, porém tal lei - especificamente no seu artigo 1º, parágrafo único - é complementada por uma portaria da Agência Nacional de Vigilância

Sanitária, pertencente ao Poder Executivo, que preceitua o que é substância entorpecente, conferindo assim, norma penal em branco heterogênea.

2.2 - A Legalidade Formal

Alguns doutrinadores entendem que a complementação feita por uma fonte legislativa diversa da que promulgou a lei penal fere o princípio da legalidade. A norma, quando complementada por órgãos do poder executivo e ente federativo diverso da união (estados e municípios, salvo na hipótese do parágrafo único, do artigo 22, da Constituição Federal), por meio de espécies normativas diversas de lei federal, como portarias e leis estaduais, tende por ferir a legalidade.

A norma, desta forma, não deveria ser criada, modificada ou extinta sem que haja uma maturação pela sociedade, por meio do Congresso Nacional. Sobre a existência de ilegalidade das normas penais em branco, assinala GRECO (2016):

Entendemos que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos a 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 pelos seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos.

Queiroz (2009), visualiza com uma afronta das normas penais em sentido estrito somente quando o complemento se der por meio de norma infra legal:

Temos que as leis penais em branco que remetem a complemento inferior (normas penais em branco heterogêneas) são inconstitucionais, por implicarem violação aos princípios da reserva legal e da separação dos poderes

Contudo em sua grande maioria, predomina a ideia de que não existe qualquer violação ao princípio da legalidade. Os argumentos são diversificados, sendo assim serão expostos três na sequência:

O primeiro é aventado por Zaffaroni e Pierangelli (2003) para quem “este problema deve ser resolvido dentro do próprio sistema constitucional: a lei penal em branco não é inconstitucional porque sua estrutura vem imposta pela divisão de poderes do Estado”.

O outro argumento é de que norma penal em branco heterogênea, ao determinar os precisos limites da integração por outra norma, acaba por se adequar à legalidade penal. Segundo Prado(2008):

Para logo, infere-se que a previsão imperativa (positiva ou negativa) deve fixar com transparência os precisos limites (margens penais) de sua integração com 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.

Nucci (2010) tem uma importante visão acerca da questão: “em consequência do que foi exposto, as normas em branco não ofendem a legalidade porque pode se encontrar o complemento em outra fonte legislativa, embora diversa do Direito Penal, previamente determinada e conhecida”. Da mesma forma, aduz Lopes (2005) que “em verdade, nestas leis o preceito não está ausente, ele se contém na ordem de observância à disposição complementar a que se reporta a própria norma”.

Seguindo adiante, o terceiro argumento sustenta a tese de que as normas penais em branco heterogêneas se justificam para que haja viabilização da aplicação de leis atinentes a determinadas questões, que não prescindem da dinamicidade conferida pela complementação heterogênea. De acordo com Asúa (2005):

Esse sistema legislativo se funda em que é flutuante a índole de certos fatos que se necessita reprimir para proteger os interesses jurídicos referentes a relações sociais como as econômicas e sanitárias. Todos estão de acordo em que devem ser punidos, e isto é permanente; porém não é possível estabelecer os tipos na forma rígida da lei punitiva, sendo preferível consigná-los em disposições legais.

Atrelando a todos esses fatores, imagine uma situação hipotética, em relação à Lei 11.343/2006, em seus Artigos 33, 34 e 36, que trata sobre tráfico ilícito de drogas, se para cada nova substância psicotrópica que surgisse, houvesse a necessidade de editar ou promulgar uma nova lei referente ao assunto. O Congresso Nacional provavelmente não iria conseguir atender a demanda, deixando assim a sociedade em anseio por uma solução para o caso, bem como aumentando o serviço do legislativo na pesquisa sobre as substâncias novas.

Para se ter uma ideia da morosidade legislativa existe a lei 12.234 de 05 de maio de 2010, que alterou os artigos 109 e 110 do Código Penal. Esta norma teve o início da sua tramitação em 02 de julho de 2003, na Câmara dos Deputados, como o projeto de lei nº 1383/2003, sendo seu autor o deputado federal Antônio Carlos Biscaia. A simples modificação de dois artigos do Código Penal durou praticamente oito anos de tramitação no Congresso Nacional.

3 CONCLUSÃO

As normas penais em branco heterogêneas para que não afrontem a legalidade penal estrita necessitam serem desenvolvidas com cuidado e muita atenção pelo legislador competente. Agindo de forma cautelosa e analítica, deve delimitar precisamente os limites da junção das referidas normas. Para que busque também dotá-las de um núcleo essencial sucinto e taxativo, não restando assim margem à atividade legislativa por parte de outro poder que não a União e nem ignorando a outras espécies normativas, que não a lei, a função de criar normas penais.

Não é o objetivo do presente artigo estabelecer o conceito do certo ou errado acerca da norma penal em branco heterogênea em relação ao princípio da legalidade, mas entende-se que devem ser garantidos os princípios advindos da Constituição Federal, portanto, o princípio da

legalidade que faz parte do ordenamento jurídico brasileiro mais rígido deve ser levado em consideração.

Em contrapartida, conclui-se que tanto a lei de drogas (LEI 11.343), bem como outras fontes heterogêneas são de extrema importância para resolução de processos nos dias de hoje, tendo em vista que atualmente a sociedade muda de forma constante, logo, pela questão da celeridade não é adequado ao poder legislativo ponderar sobre determinados assuntos que ora estão encadeados como ilícitos ora não.

Por fim a discussão de doutrinas contraditórias demonstra o quão é importante aprofundar cada vez mais no assunto para assim diminuir tais lacunas existentes na Lei Penal, e quem sabe sana-las no futuro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. CONTROVÉRSIAS ATUAIS ACERCA DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO. CURITIBA, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/171/146>. Acesso em: 7 maio 2019
- ASÚA, 1950 apud LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal: Parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 12.ed. Niterói: Impetus, 2010, v. 1, p. 23.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120). Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza, Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral Parte Especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 93.
- PRADO, Luís Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1.
- QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.1, 2009, p.49.

ZAFFARONI, Eugenio raul et al. Direito penal brasileiro. rio de janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1.

Sobre o(s) autor(es)

¹Acadêmico de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste;

evertonengel@hotmail.com

²Acadêmico de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste;

lucasfolmer99@gmail.com