

FACULDADE SÃO FRANCISCO DE ASSIS
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MICHELE LIMA GOMES

INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA

Porto Alegre

2019

MICHELE LIMA GOMES

INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA

Artigo apresentado à Faculdade São Francisco de Assis, como parte de requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Juliano Gomes de Carvalho

Porto Alegre

2019

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea, tema de grande importância, posto que atinge princípios importantíssimos do nosso ordenamento jurídico. Essa técnica legislativa foi concebida, em que pese, diante dos importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito, para atuar somente em casos específicos e excepcionais, em situações em que ocorram mudanças extremamente rápidas, onde o direito não possa acompanhar, contudo sua utilização tem se dado em grande escala. Com base nas doutrinas e uma interpretação constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea, uma vez que agride, de maneira incontestável, o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes, de forma que sua utilização deva ser afastada pelo ordenamento jurídico.

Palavra-chave: Norma penal em branco. Princípio da legalidade. Princípio da separação dos poderes. Constituição Federal.

ABSTRACT

The present work has the objective of demonstrating the unconstitutionality of the blank criminal law, a subject of great importance, the post of which the most important legal order is fundamental. This legislative technique was conceived, with respect to the importance of the foundations of the Democratic State of Law, to act in specific and exceptional cases, in situations where the context is excessive, given in large scale. Based on the rules and a constitutional interpretation of Brazilian law, an unconstitutionality of the penal rule is heterogeneous in blank, since it undoubtedly violates the principle of legality and the principle of separation of powers, so that its use be required by law.

Keyword: Criminal law in white. Principle of legality. Principle of separation of powers. Federal Constitution.

1 INTRODUÇÃO

A norma penal em branco é um assunto antigo e polêmico. Surgiu na Alemanha no período Imperial, e vem gerando grandes discussões, até os dias de hoje, com tal intensidade que criou uma divisão na doutrina brasileira. Respeitáveis doutrinadores se manifestam de maneira diversa quanto à possibilidade de sua utilização na legislação brasileira, principalmente sobre o ponto de vista Constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem diversos exemplos de normas penais em branco heterogêneas, o que mostra a disposição do legislador de utilizar esse mecanismo legislativo como meio de criação de normas penais, sobretudo, como esse trabalho irá mostrar, normas penais incriminadoras. Em que pese a sua utilização em grande escala, ainda é recorrente o confronto doutrinário de renomados doutrinadores brasileiros, o que demonstra claramente que ainda existe um grande espaço para debates e a distância que ainda há para se percorrer para uma pacificação plena no assunto.

O presente trabalho busca mostrar os principais fundamentos para esta discussão, o princípio da legalidade, garantido de maneira expressa pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e o princípio da separação de poderes, base do Estado Democrático de Direito que, assim como o princípio da legalidade, fundamenta toda nossa ordem jurídica, trazendo-nos um sistema que, ao mesmo tempo, evita a concentração de poder nas mãos de apenas uma pessoa e cria um mecanismo de mútuo controle entre os poderes estatais.

2 NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA

2.1 Conceito de Norma Penal em Branco

Um tipo penal incriminador é dividido basicamente em preceito primário e secundário. O primeiro é responsável por fazer a descrição perfeita, detalhada e

clara, seguindo o princípio da taxatividade. Já o segundo, comina a pena em abstrato.¹

Classicamente, a norma penal em branco é definida como uma norma imperfeita que necessita de um complemento para que se obtenha o sentido exato da descrição da conduta, devido a seu incompleto preceito primário, que será dado por outra norma². Nesse sentido, são importantes os ensinamentos do professor Andrei Zenkner Schimidt sobre a imperfeição da norma penal em branco:

O conceito de lei penal em branco foi formulado pela primeira vez por Binding, segundo a qual a blankettstrafgesetze (ou offene Strafsetze – lei aberta) é toda lei que determina a sanção, porém não o preceito, que deverá ser definido por regulamento ou por uma ordem de autoridade, e, raras vezes, por uma lei especial, presente ou futura.³

Como referido, o cumprimento de uma lei penal em branco provirá do ordenamento jurídico, porém essa origem pode ser variada, gerando, assim, algumas classificações. Podemos dividir as normas penais em branco em dois grandes grupos: homogêneas e heterólogas.

As homogêneas – fragmentárias impróprias ou normas penais em branco em sentido lato – recebem o complemento de seu preceito primário da mesma instância legislativa do tipo penal incompleto; trata-se de uma lei federal produzida pelo poder legislativo da União. Ocorre, ainda, uma subdivisão, caso o complemento seja originário da mesma lei do tipo penal incompleto chamaremos de homóloga; de maneira oposta, se o suplemento provier de uma lei distinta daquela em que se encontra a norma penal incompleta, denomina-se heteróloga⁴. Nas heterogêneas, o seu complemento não provém do legislador, mas sim de uma fonte normativa diversa de hierarquia inferior, geralmente uma norma administrativa.

Importante realizar uma breve diferenciação das leis penais em branco em relação aos tipos abertos. Ambas são normas incompletas em relação ao seu conteúdo, o que difere é a espécie de complemento utilizado para atingir a sua completude. Caso seja um complemento valorativo a ser determinado pelo juiz no

¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito **Penal**: parte geral. 19.ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1. p. 97.

² SANCHES CUNHA, Rogério. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. Salvador: JusPODVIM, 2017. p. 127.

³ ZENKNER SCHIMIDT, Andrei. **O princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 156

⁴ SANCHES CUNHA, Rogério. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. Salvador: JusPODVIM, 2017. p. 96.

caso concreto, será um tipo aberto, porém, se o complemento for normativo, será uma norma penal em branco⁵. Conforme falado anteriormente, a norma penal em branco heterogênea tem seu complemento advindo não do legislador, mas sim de uma fonte normativa diversa de grau hierárquico inferior, ou seja, uma norma infralegal. No que diz respeito especificamente ao direito penal, a produção de normas incriminadoras deve ser realizada especificamente por meio de lei ordinária por força de comando constitucional.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe em seu art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, esculpindo o princípio da legalidade. O artigo 5º está inserido no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Nesse capítulo são tratados importantes direitos e garantias como: direito a propriedade, à vida e a igualdade. Desde logo já vemos a importância deste princípio, pela posição inicial por ele ocupada logo no início da carta de direitos.

Na seara penal, se fala em princípio da legalidade penal, princípio da reserva legal, princípio da estrita legalidade ou princípio da intervenção legalizada⁶, trazendo como fundamento direto o art. 5º, inciso XXXIX, que assim dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”.

Ainda frisando sua importância, o princípio da legalidade encontra-se positivado em convenções internacionais, documentos e no direito contemporâneo é estudado com grande empenho, considerando a crescente globalização, que também alcançou a ciência jurídica⁷. Do ponto de vista constitucional, já temos firmado na jurisprudência a necessidade de realizar, além do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade⁸. Como exemplo desse

⁵ COSTA E SILVA, Davi André. **Manual de direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 126.

⁶ ZENKNER SCHIMIDT, Andrei. **O princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 136.

⁷ APARECIDA CANATO, Mônica. **O Princípio da Legalidade no Direito Penal**. Porto Alegre: Norton Editores, 2011. p. 94.

⁸ FEIKE, Pedro Ribeiro Agustoni. O Controle de Convencionalidade e O Supremo Tribunal Federal. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, Ijuí, ano 23, n. 41, jan.-jun. 2014. p.160-163.

assunto, podemos citar o Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Roma, 1950) que dispõe em seu art. 7º:

Artigo 7.º

(Princípio da legalidade)

1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida.

2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.⁹

Assim como no importantíssimo documento referencial no assunto de direitos humanos, evidenciando a importância do princípio da legalidade, trabalhando como um princípio-meio para garantir a aplicação de outros princípios e principalmente a segurança jurídica dos cidadãos, sobretudo na esfera penal, a Convenção Americana de Direitos Humanos (San José da Costa Rica, 1969)¹⁰.

3.1 Princípio da Reserva Legal

O princípio da reserva legal restringe a aplicação de determinadas matérias à lei em sentido estrito, ou seja, lei ordinária como regra ou, até mesmo, a utilização de lei complementar com exceção. O legislador constitucional utilizou essa sistemática para proteger temas de maior importância, conferindo um procedimento específico, lei formal, para normatização daquele tema em específico. Nota-se, portanto, a diferença do princípio da reserva legal em relação ao princípio da legalidade, pois o primeiro tem uma área ou matéria previamente determinada na qual irá atuar, trazendo maior rigidez para o seu tratamento pelo fato de exigir lei em sentido estrito e não admitir outras espécies de normas normalmente utilizadas; já o segundo tem uma amplitude maior e diz respeito a todas as espécies normativas elaboradas conforme as regras constitucionais, trazendo de forma ampla uma determinação a todo o ordenamento jurídico. Em suma, significa a submissão à lei e à atuação dentro do âmbito estabelecido.

⁹ OEA. **Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Conversão Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 26 abr. 2019.

Destacando ainda mais a importância do princípio da reserva legal no direito penal, importa referir a sua condição de um dos vetores basilares do garantismo, ideia relacionada no contexto de teorias penais e processuais penais criadas pelo jurista e filósofo Luigi Ferrajoli, que consiste em uma proteção positivada pelo legislador dirigida ao cidadão por meio de direitos, em sua maioria, definidos na Constituição Federal. Dessa forma, cita-se a obra do renomado autor Luigi Ferrajoli, onde ele trata o princípio da reserva legal como sinônimo de princípio da legalidade estrita:

De todos os princípios garantistas - ou garantias - expressos por nossos dez axiomas e pelas dez teses deles derivadas, aquele que caracteriza especificamente o sistema cognitivo SG é o princípio da legalidade estrita, enunciado pelo axioma A3, pelas teses T28- T34 e, resumidamente, pela tese T58. Este princípio, que já illustrei sumariamente no parágrafo 1 e que redefinirei analiticamente no parágrafo 9, ocupa um lugar central no sistema de garantias. Distingue-se do princípio de mera ou lata legalidade, expresso no axioma A2 e de maneira mais completa na tese T67, por sua distinta forma lógica. Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. Daí se segue, como melhor esclarecerei nos parágrafos 26 e 28, um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que preveem penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes.¹¹

Portanto, está clara a importância do princípio da reserva legal na seara penal, sendo o seu despeito um ato atentatório ao Estado Democrático de Direito. Quando o legislador constitucional decidiu proteger as normas penais, não o fez por simples acaso. O direito penal é utilizado como *ultima ratio* na escala de punição estatal, pela gravidade da sua reprimenda e pelos bens jurídicos que ele protege, logo, a sua utilização deve ser discutida de maneira ampla pelo titular do poder soberano, o povo.

No presente estudo, conferiremos a importância do princípio da reserva legal nesse ponto, qual seja: a importância de se respeitar a soberania do povo nas

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do Garantismo Penal**. Barra Funda: Revista dos Tribunais, 2002. p. 76.

matérias penais, sobretudo na definição de tipos penais, seja pela importância da discussão e do amadurecimento de ideias no seio da soberania, ou pela não usurpação do poder soberano do seu titular.

Por último, cabe lembrar quando as discussões em relação às medidas provisórias e a sua utilização no direito penal. Parte da doutrina entende que com o advento da Emenda Constitucional 32/01, ficou claro que medida provisória não pode versar sobre Direito Penal, incriminador ou não incriminador. Uma segunda corrente entende que a Emenda Constitucional 32/01 reforça a proibição da Medida Provisória sobre Direito Penal incriminador, permitindo matéria de direito penal não incriminador, esta última foi a corrente escolhida pelo Supremo Tribunal Federal¹².

3.2 Princípio da Anterioridade Penal ou Lex Prévía

De acordo com o conceito de anterioridade penal, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia previsão legal. Esse princípio aduz a proibição da retroatividade maléfica da lei penal. Trata-se de um resultado importantíssimo do princípio da legalidade, trazendo uma diminuição nas possíveis subjetividades estatais ao julgar determinado caso. Tal princípio tem tamanha importância que está disposto de maneira introdutória na Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XXXIX, e também no Código Penal, em seu art. 1º.

Traçando um paralelo com o direito civil, podemos dizer que a lei é a forma pela qual o Estado se utiliza para expor as obrigações entre ele e os cidadãos. Logo, se estamos tratando de obrigações firmadas por um contrato, não se pode haver uma contratação para o passado. Pelo contrário, esta deverá ser feita somente para o futuro¹³.

Desta forma, não é possível permitir que as alterações que sejam benéficas ao réu tenham a sua retroatividade prejudicada. Isso quer dizer que estamos diante de outro princípio dentro do princípio da legalidade, qual seja, o princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, ou princípio da retroatividade da lei penal benéfica. De acordo com esse princípio, caso ocorra alguma alteração na legislação penal, a lei deverá retroagir de modo que beneficie o réu. Este princípio também

¹² SANCHES CUNHA, Rogério. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. Salvador: JusPODVIM, 2017. p. 90.

¹³ SANCHES CUNHA, Rogério. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. Salvador: JusPODVIM, 2017. p. 208.

está disposto na nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Nesse sentido, leciona Rogério Greco:

O inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, em reforço ao princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX do mesmo artigo, diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A regra constitucional, portanto, é a da irretroatividade da lei penal; a exceção é a retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente. Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).¹⁴

Para esclarecer a aplicação do princípio, podemos referir um exemplo da jurisprudência. O STF analisou a constitucionalidade do art. 2º da lei de Crimes Hediondos, que determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, entendendo que esse artigo feria o princípio da individualização da pena. Logo após, o STF passou a admitir a progressão, aplicando a Lei de Execuções Penais e o percentual de 1/6 da pena:

[...] até que norma legal específica venha a ser editada. Norma que, agora sim, cuide de forma particularizada o tema da progressão no regime de cumprimento de pena pela prática de crime hediondo. Isto, lógico, desde que também sejam preenchidos os requisitos subjetivos que a própria lei já estabelece o que será analisado, in concreto, pelo Juízo da execução.¹⁵

Após, tivemos a edição da Lei nº 11.464/07, que trouxe um novo percentual: de 2/5, se primário, e 3/5, se reincidente. Essa lei claramente configura como uma *novatio legis in pejus*, sendo, portanto, irretroativa.

3.3 Princípio da Taxatividade

O princípio da taxatividade determina que a lei penal deva ser clara, precisa e determinada. Assim, se a lei é a forma de exteriorização de um contrato firmado entre o Estado e o povo, esse instrumento deve ser claro e preciso o suficiente para que todos a entendam perfeitamente. Esclarecedor é Cesare Beccaria no livro *Dos Delitos e das Penas*, no capítulo que trata da obscuridade das leis. O autor assim refere:

¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19.ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 176.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959-7. Órgão Julgador: Tribunal do Pleno**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/Ayresbrittohc82959.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. Esse inconveniente é bem maior ainda quando as leis não são escritas em língua vulgar (10). Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão, que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis. Coloquei o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e, quanto mais homens houver que o lerem, tanto menos delitos haverá; pois não se pode duvidar que no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloquência das paixões. Que pensar dos homens, quando se reflete que as leis da maior parte das nações estão escritas em línguas mortas e que esse costume bárbaro ainda subsiste nos países mais esclarecidos da Europa? Dessas últimas reflexões resulta que, sem um corpo de leis escritas, jamais uma sociedade poderá tomar uma forma de governo fixo, em que a força resida no corpo político e não nos membros desse corpo; em que as leis não possam alterar-se e destruir-se pelo choque dos interesses particulares, nem reformar-se senão pela vontade geral.¹⁶

Mas a importância desse postulado não se deve somente a clareza e a precisão na leitura pelo povo, trata-se de um mecanismo de proibição de abusos, servindo como uma autolimitação do *jus puniendi*, direcionando, tanto para o legislativo na produção de leis penais claras, precisas, certas e determinadas, quanto para os outros poderes, pois o poder legislativo ao ser taxativo na elaboração da lei penal reduz a possibilidade de interpretação, principalmente pelo poder judiciário, fazendo com que se respeite a separação dos poderes, retirando o máximo possível a possibilidade de o magistrado estabelecer no caso concreto a alcance da norma penal¹⁷.

É de suma importância que a norma repassada ao povo seja clara, com origem constitucional. Em outras palavras, não poderá haver criação de um crime ou cominação de uma pena que não emane do poder legislativo.

¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Disponível em: <www.jahr.org:>. Acesso em: 12 abr. 2019. p. 13.

¹⁷ ZENKNER SCHIMIDT, Andrei. **O princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 236-237.

4 PODERES DO ESTADO

4.1 Teoria da Separação dos Poderes

Como primeira referência aos poderes ou funções do Estado, temos a obra de Aristóteles chamada *Política*, na qual ele definiu a existência de três poderes ligados a um único órgão.

A ideia de separação dos poderes foi posteriormente lapidada por Montesquieu na obra *O espírito das leis*, na qual manteve a ideia da existência de poderes estatais separados, criando um de função fundamental, qual seja o Poder Judiciário¹⁸.

Até então só existiam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Contudo, Montesquieu inovou colocando na divisão o Poder Judiciário, sob influência das ideias iluministas da época. A visão que ele criou sobre a função judicial era mecânica, de que os juízes eram meramente a *boca da lei* ou *la bouche de la loi*.

Podemos também citar a idealização do exercício das funções de forma separada, o que foi, sem dúvida, a inovação de maior importância, considerando o contexto de transição que se vivia à época, do Absolutismo para o Iluminismo. Dessa forma, um poder limitaria o outro diminuindo a incidência de abusos por parte do Estado.

Inspirado na obra de Locke, Montesquieu escreveu o clássico tratado *L'Esprit des lois* (1748). Após constatar, com base na "experiência eterna", que todo aquele que é investido no poder tende a dele abusar até que encontre limites, o escritor francês sustenta que a limitação a um poder só é possível se houver um outro poder capaz de limitá-lo.¹⁶

Cabe destacar a importância dedicada pela Constituição Federal de 1988, à separação de poderes, comprovada pelo fato de ter sido erigida ao rol de cláusulas pétreas. A redação do art. 60, § 4º, nos diz que:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁸ MONTESQUIEU, Martins Fontes. **Do espírito das leis**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

4.2 Poder Legislativo

A ideia de parlamento é muito antiga, anterior à noção de Estado de Direito. Nos moldes que é hoje reconhecido, o poder legislativo surge na Inglaterra com a Magna Carta, com o intuito de limitar a autoridade dos reis¹⁹.

Com base na clássica doutrina de divisão dos poderes, as funções típicas do Poder Legislativo no Estado brasileiro são: produzir normas jurídicas e fiscalizar e controlar a Administração Pública. É o único dos poderes que acumula duas funções típicas. No Brasil, por ser uma Federação de terceiro nível, temos presente este poder em todos os três níveis da federação, com pequenas distinções em relação às suas composições²⁰.

O Poder Legislativo federal diferencia-se dos demais em relação a sua composição, a qual é bicameral: Senado Federal e Câmara dos Deputados, que juntos formam o Congresso Nacional. Essa formação se deu pelo fato de ser o Brasil uma Federação, assim o bicameralismo garante que os Estados tenham os seus interesses defendidos pelo Senado Federal, ao passo que o povo será representado pela Câmara dos Deputados. A Constituição designou competências diversas para cada um desses órgãos. Portanto, o Poder Legislativo Federal ora é exercido pelo Senado Federal, ora pela Câmara dos Deputados e ora pelo Congresso Nacional²¹. Nesse sentido, citamos um trecho do livro do professor André Ramos Tavares, no qual ele esclarece a estrutura do nosso Legislativo Federal:

No Brasil, que adota a forma federativa de Estado e a considera intocável, o Poder Legislativo de âmbito nacional biparte-se, em sua estrutura interna, sendo por isso considerado bicameral.

Anota Michel Temer que esse modelo de bicameralismo “atende à forma de Estado federal positivada pelo constituinte”.

De fato, o Congresso Nacional é o órgão representativo do Poder Legislativo nacional. E o Congresso encontra-se, atualmente, dividido em duas grandes Casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

À Câmara dos Deputados corresponde a representação popular (art. 45, caput, CF). Já o Senado Federal é composto por representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal (art. 46, caput, CF). É correto afirmar, portanto, que os Senadores, no Brasil, tecnicamente, não são os representantes do povo, mas sim dos Estados da Federação brasileira, participando, por esse motivo, na formação da vontade nacional. É que da participação no processo legislativo por parte dos entes federativos é exigência da teoria federalista.

¹⁹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 585.

²⁰ GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 936.

²¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 585.

O sistema, portanto, no Brasil, é bicameral por força da adoção do sistema federalista, e não como ocorre em outros países, nos quais o bicameralismo existente não provém da estrutura federal, mas sim de outras circunstâncias, como a divisão histórica da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns, na Inglaterra.²²

Aqui cabe uma reflexão quanto ao papel do Poder Legislativo como representante do povo. A democracia, no Estado brasileiro, é exercida de maneira direta ou indireta. Na modalidade direta, o cidadão poderá utilizar de ferramentas como a ação popular, plebiscito e referendo, exercendo o seu direito de participar da vida política do Estado sem intermediários. As principais democracias da antiguidade funcionavam desta maneira, sem representantes. O mundo atual se viu impossibilitado de funcionar da maneira que se vinha exercendo o poder político (baseado na democracia direta), devido principalmente ao tamanho dos Estados e a quantidade de cidadãos²³.

Em razão dessa impossibilidade de exercício da democracia diretamente, esta passou a ser exercida através de representantes e, por conseguinte, da chamada democracia indireta, na qual os cidadãos elegem intermediários que os representam no exercício de decisões políticas.

No que diz respeito ao direito penal, o Legislativo Federal tem papel de suma importância, pois os crimes e as penas somente poderão ser criados e cominados por lei penal em sentido estrito, a qual deve partir do Poder Legislativo Federal da União, ou seja, a criação se dará por meio do Congresso Nacional²⁴.

4.3 Poder Executivo

O Poder Executivo tem como função típica a função administrativa, ou seja, dar o devido andamento às políticas públicas administrando de maneira efetiva a máquina pública²⁵. Durante esse exercício, a função administrativa pode variar entre chefia de governo (liderança e formulação de políticas públicas), atos de gestão (manutenção e devido andamento da máquina pública) e chefia de Estado

²² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.1239.

²³ GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 68

²⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.85.

²⁵ GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 1103.

(representante público mais elevado de um Estado, pois o representa no cenário internacional²⁶.

O Brasil adotou, em relação ao seu sistema de governo, o modelo presidencialista, assim, as funções de chefe de governo e chefe de Estado são exercidas concomitantemente pela mesma pessoa, o Presidente da República. A doutrina afirma que, no presidencialismo, as funções estatais ficam mais equânimes e bem distribuídas, pois no parlamentarismo, sistema que se opõe ao presidencialismo, o chefe de governo provém do Parlamento.²⁷

Apesar de exercer tipicamente somente a função administrativa, atipicamente o poder executivo participa de maneira direta do processo de criação de leis. Seguindo o sistema de freios e contrapesos, o Presidente da República, chefe do poder executivo, pode utilizar um controle preventivo chamado de veto presidencial, uma das possibilidades apresentadas ao presidente quando da apreciação de um projeto em lei. Importante destacar que, em caso de veto, o projeto não será arquivado imediatamente, mas será apreciado em sessão conjunta pelos órgãos do Poder Legislativo. Trata-se, portanto, de um mecanismo de interpenetração entre o Poder Legislativo e o Executivo. Contudo, não se retira a decisão final por parte do Legislativo, mantendo-se, assim, o exercício de sua função intacta²⁸.

Em relação às funções atípicas do Poder Executivo: por meio de medida provisória e lei delegada, ele legisla; e julgando processos administrativos, ele jurisdiciona, com uma reserva em relação ao segundo, pois o Brasil adotou, no que se refere à jurisdição, o modelo de origem inglesa que opta pela unicidade, diferentemente da dualidade de jurisdição do modelo francês, onde o Poder Executivo faz coisa julgada²⁹.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI PENAL EM BRANCO

Já foi referido neste trabalho, em tópico específico, a importância de se respeitar a ordem advinda do Legislador constitucional no sentido de que as normas incriminadoras fossem criadas somente por lei penal ordinária. Se o Legislador

²⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 783

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 784.

²⁸ GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 1056-1057.

²⁹ GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 1091-1092.

originário adicionou esse tipo de reserva à norma penal, não o fez por acaso, a intenção principal era dedicar uma maior segurança jurídica ao titular do poder soberano - o povo - evitando abusos por parte do poder público, pois se há alguém que deve criar normas penais incriminadoras em um Estado Democrático de Direito, este é o povo³⁰.

Considerando essa ofensa quanto à origem da norma penal em branco heterogênea, é necessário refletir outro aspecto que invariavelmente resta prejudicado, qual seja, a necessidade de discussão e amadurecimento de ideias que envolvem o processo legislativo. A sequência de discussões e procedimentos pelos quais uma lei deve passar antes de ser aprovada faz com que o seu conteúdo seja trazido à discussão perante a ordem social. Dessa forma, consegue-se extrair de maneira mais precisa as opiniões vigentes naquele momento em relação à matéria discutida, afinal, esse é o grande papel do Legislativo. No sentido de haver prejuízo no uso do mecanismo de uma norma penal em branco heterogênea, leciona Rogério Greco:

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 à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos 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.³¹

Para ajudar na contextualização, seguem os exatos termos do art. 14, inciso I, alínea “a”, do Decreto que regulamentou a lei de drogas:

Art. 14. Para o cumprimento do disposto neste Decreto, são competências específicas dos órgãos e entidades que compõem o SISNAD:
I - do Ministério da Saúde:
a) publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos capazes de causar dependência;

E segue lecionando Rogério Greco:

³⁰ BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 90.

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19.ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1. p. 101.

O que na verdade estamos querendo esclarecer é que não haverá, seja na inclusão de novas substâncias (criminalização), seja mesmo na exclusão daquelas já existentes (descriminalização), qualquer discussão por parte do Poder competente para legislar em matéria penal, que é a União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal.³²

Se não for o suficiente a afronta à separação dos poderes, pode-se trazer a grave ofensa a um princípio basilar do direito penal, seja o princípio da legalidade, especificamente aos princípios da reserva legal e da taxatividade. Conforme já analisamos neste trabalho, a lei deve ser clara e precisa, trazendo de maneira precípua uma maior segurança jurídica ao povo. Fica mais clara ainda essa ofensa do ponto de vista do princípio da reserva legal, onde a Constituição reserva à lei, e somente a ela, o dever de criar normas penais incriminadoras.

Outro tema que se faz necessário analisar é a ofensa ao princípio federativo, isso acontece no caso em que o complemento à norma incriminadora advém de uma instância legislativa diversa da União, Estados e Distrito Federal, permitindo a aberração de uma incriminação com origem em uma norma municipal. Em sua obra, o professor Andrei Zenkner cita o art. 50, inciso I, da Lei 6.766/1979, como um exemplo desse fenômeno, o qual transcrevemos³³:

Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

Em que pese todos os argumentos apresentados, tem prevalecido corrente majoritária diversa na doutrina, no sentido da constitucionalidade da norma penal em branco heterogênea. Corrente essa expressa nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: “As normas em branco não ofendem a legalidade porque se pode encontrar o complemento da lei penal em outra fonte legislativa, embora diversa do Direito Penal, previamente determinada e conhecida”³⁴.

Nesse sentido:

³² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19.ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1. p. 102.

³³ ZENKNER SCHIMIDT, Andrei. **O princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 159.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.111.

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 tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas normas 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 à 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.³⁵

Finalizando a abordagem desse subtópico, cita-se a precisa lição de Nilo Batista Zaffaroni, Alagia e Slokar, que referem o perigo do uso indiscriminado desse tipo de técnica legislativa que foi idealizada para ser exceção, e não a regra, principalmente no direito penal³⁶.

5.1 Exemplos de Norma Penal em Branco

Além dos exemplos já citados (art. 28 da Lei 11.343/2006 e art. 50, inciso I da Lei 6.766/1979), analisaremos mais alguns. Demonstrando a proliferação dessa técnica legislativa, que, como já analisamos no trabalho, deixa claro que um instituto que a princípio deveria ser utilizado pontualmente acabou tornando-se regra, e não exceção. Não traremos exemplos das outras espécies de norma penal em branco, considerando o foco do trabalho.

O art. 306 § 3º da Lei 9503/1997, Código de Trânsito Brasileiro, consiste em uma norma penal em branco heterogênea, visto que a equivalência mencionada nesse parágrafo depende de regulamentação a ser produzida pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN). Dispõe da seguinte forma o referido parágrafo:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)
Penas -detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

³⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. v. 1. p. 205-206.

³⁶ Idem.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (incluído pela Lei no 12.760, de 2012)

I- concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei no 12.971, de 2014)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei no 12.971, de 2014)

O art. 7º, inciso II, da Lei 8.137/90, que trata dos crimes na relação de consumo, consiste em uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que em relação à embalagem, tipo, especificação, peso ou composição em desacordo com as prescrições legais ou que não corresponda à respectiva classificação oficial, faz-se necessária uma complementação do tipo penal com as normas administrativas sobre o tema.

LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990 CAPÍTULO II DOS CRIMES CONTRA A ECONOMIA E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou-composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

O art. 130 do Código Penal não indica quais as moléstias venéreas que integram o tipo penal, fazendo mera referência genérica e indeterminada, o que demanda um complemento para que se alcance a clareza e exatidão exigida por lei. Tal complemento é fornecido por normas do âmbito do Ministério da Saúde.

Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de Moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena- detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Somente se procede mediante representação.

A conduta omissiva é o médico deixar de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória, competindo, portanto, às autoridades sanitárias, através de norma administrativa, elaborarem o rol dessas moléstias.

Trata-se, pois, de uma norma penal em branco heterogênea. “Art. 269: Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

A Lei 1521/1952 dispõe em seus artigos 1º e 2º, inciso VI, que:

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, Esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

Esta lei trata dos crimes contra a economia popular em seu art. 2, inciso VI. Trata como crime quem transgredir o preço de mercadorias dispostos em tabelas. Essas tabelas oficiais de preços aprovados por órgãos competentes devem ser produzidas pelo Poder Executivo, caracterizando, assim, uma norma penal em branco heterogênea.

5.2 Norma Penal em Branco na Jurisprudência

A discussão do tema na jurisprudência diz respeito à possibilidade de se incidir ou não as regras da retroatividade quando acontecer à mudança de conteúdo da respectiva norma complementar. Nesse sentido, o professor Rogério Sanches Cunha foi feliz em sintetizar as correntes defendidas sobre o assunto:

Sobre o assunto, temos quatro correntes, a saber:

1ª corrente: Paulo José da Costa Júnior ensina que a alteração do complemento da norma penal em branco deve sempre retroagir, desde que mais benéfica ao acusado, tendo em vista o mandamento constitucional (a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores) e o direito de liberdade do cidadão.

2ª corrente: em sentido contrário, Frederico Marques entende que alteração da norma complementadora, mesmo que benéfica, terá efeitos irretroativos, por não admitir a revogação das normas em consequência da revogação de seus complementos.

3ª corrente: Mirabete, por sua vez, ensina que só tem importância a variação da norma complementar na aplicação retroativa da lei penal em branco quando esta provoca uma real modificação da figura abstrata do Direito Penal, e não quando importe a mera modificação de circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma penal.

4ª corrente: por fim, Alberto Silva Franco (seguido pelo STF) leciona que a alteração de um complemento de uma norma penal em branco homogênea sempre teria efeitos retroativos, vez que, a norma complementar, como lei ordinária que é, também foi submetida a rigoroso e demorado processo legislativo. A situação, contudo, se inverte quando se tratar de norma penal em branco heterogênea. Neste caso, a situação se modifica para comportar duas soluções. Quando a legislação complementar não se reveste de excepcionalidade e nem traz consigo a sua autorrevogação, como é o caso das portarias sanitárias estabelecedoras das moléstias cuja notificação é compulsória, a legislação complementar, então, pela sua característica, se revogada ou modificada, poderá conduzir também à descriminalização.³⁷

Trazemos aqui a ementa de dois Habeas corpus que sustentam a corrente adotada pelo STF, ambos de São Paulo:

EMENTA: "Habeas corpus". - Em princípio, o artigo 3.º do Código Penal se aplica a norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. - Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica. "Habeas corpus" indeferido.³⁸

PENAL. TRAFICO ILICITO DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE. LEI 6368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUBSTANCIAS PROSCRITAS. LANCA-PERFUME: CLORETO DE ETILA. I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lanca-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substancia entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 04.04.84, configurando-se a hipótese do "abolitio criminis". A Portaria 02/85, de 13.03.85, novamente inclui o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta. II. Adoção de posição mais favorável ao réu. III. H.C. deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substancia entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1.º grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual pratica de contrabando.³⁹

O art. 33 da Lei 11.343/2006, mais conhecida como lei antidrogas, não explica o que é considerado como droga. O legislador se utiliza da Portaria nº 334/98 da ANVISA, proveniente do Poder Executivo (norma penal em branco heterogênea) para descrever o que é considerado como droga, uma vez que não há um rol das drogas proibidas para fins de incidência do art. 33. Segue o disposto na lei de drogas.

³⁷ SANCHES CUNHA, Rogério. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. Salvador: JusPODVIM. 2017. p. 125.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73168/SP. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em: 21 nov. 1995.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68904/SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em: 17 dez. 1991.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Desta forma, o art. 33, da Lei 11.343/2006, de fonte do Poder Legislativo, não pode ser aplicado por si só sem a complementação da Portaria 334/98, proveniente do Poder Executivo.

Um grande exemplo é o tetrahydrocannabinol, conhecido como THC. Essa é uma substância psicoativa encontrada na planta *Cannabis sativa*, conhecida como maconha. A quantidade de THC na maconha pode variar de acordo com alguns fatores, como o tipo de solo, a estação do ano, a época em que foi colhida, o tempo de colheita e consumo etc. A THC é prevista expressamente como droga na Portaria SVS/MT nº 344/98, da ANVISA. Pelo fato de estar prevista na lista da ANVISA, o THC é considerado como droga.

Já o canabinoide é uma expressão utilizada para descrever substâncias que, caso sejam utilizadas por seres humanos, ativam os receptores canabinoides.

Os canabinoides podem ser divididos em três diferentes espécies: fitocannabinóides endocannabinóides e canabinoides sintéticos. Na maconha são encontrados fitocannabinóides, logo, podemos dizer que a canabinoides é uma característica da maconha. Mas a portaria da ANVISA não prevê a “canabinoide” como substância proibida, mencionando apenas a tetrahydrocannabinol (THC).

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. CLASSIFICAÇÃO DE SUBSTÂNCIA COMO DROGA PARA FINS DA LEI N. 11.343/2006. Classifica-se como "droga", para fins da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), a substância apreendida que possua canabinoides - característica da espécie vegetal *Cannabis sativa* -, ainda que naquela não haja tetrahydrocannabinol (THC). Inicialmente, emerge a necessidade de se analisar o preceito contido no parágrafo único do art. 1º da Lei de Drogas, segundo o qual "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". Em acréscimo, estabelece o art. 66 da Lei de Drogas que, "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". Verifica-se, assim, que, sistematicamente, por uma opção legislativa, o art. 66 ampliou o universo de incidência dos comandos proibitivos penais. Portanto, a definição do que sejam "drogas", capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Nesse contexto, por ser constituída de um conceito técnicojurídico, só será considerada droga o que a lei (em sentido amplo) assim o reconhecer. Desse modo, mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, ela não será tratada como droga para fins de incidência da Lei n. 11.343/2006. Salientado isso, nota-se que a *Cannabis sativa* integra a Lista E da Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que, em última análise, a define como planta que pode originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Essa mesma lista traz um adendo de que "ficam também sob controle todos os sais e isômeros das substâncias obtidas a partir das plantas elencadas acima". Portanto, irrelevante, para a comprovação da materialidade de delito, o fato de laudo pericial não haver revelado a presença de tetrahydrocannabinol (THC) - um dos componentes ativos da *Cannabis sativa* - na substância se constatada a presença de canabinoides, característicos da espécie vegetal *Cannabis sativa*, que integram a Lista E da Portaria n. 344/1998 e causam dependência. Ressalte-se que essa também tem sido a compreensão adotada pelo STF, o qual, no julgamento do HC 122.247-DF (Segunda Turma, DJe 2/6/2014), firmou entendimento no sentido de que "a ausência de indicação, no laudo toxicológico, de um dos princípios ativos do entorpecente vulgarmente conhecido como 'maconha' não impede a caracterização da materialidade delitiva". Por fim, saliente-se que a própria Portaria n. 344/1998 determina, em seu art. 95, que plantas, substâncias e/ou medicamentos de uso proscrito no Brasil (Lista E e Lista F) serão incinerados. Ou seja, se a própria portaria integradora dos tipos penais relacionados na Lei de Drogas determinou, expressamente, que as plantas integrantes da Lista E serão incineradas, seria ilógico instituir sua apreensão e incineração, se proscritas não fossem. Precedente citado do STF: HC 116.312-RS, Primeira Turma, DJe 3/10/2013. REsp 1.444.537-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/4/2016, DJe 25/4/2016.⁴⁰

A decisão do REsp 1.444.537-RS, mencionado acima, foi no sentido de também classificar como droga a substância que só apresente canabinoides.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.444.537-RS. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em: 10 fev. 2017.

6 CONCLUSÃO

A análise e a interpretação de qualquer disposição normativa de nosso ordenamento deve ter como início a Constituição Federal, pois ela é a norma central de onde se retira a legitimidade das demais.

Nosso ordenamento jurídico se baseia em alguns pilares que servem de alicerce para todo o direito positivado, atravessando cada ponta dos mais variados ramos do direito. Conforme a área, dá-se mais ou menos importância a um princípio ou a outro. Em relação ao direito penal, sem dúvida o princípio da legalidade merece destaque, de igual maneira também se garante ao princípio da divisão dos poderes.

Ao princípio da legalidade, sem dúvida o destaque é a razão da segurança jurídica trazida por ele ao povo, e também coloca à disposição dos indivíduos meios para se proteger dos entraves inerentes ao moroso processo legislativo. No direito penal, essa segurança deve ser redobrada devido a sua natureza de *ultima ratio* e a gravidade da sanção imposta.

Tamanha é a importância, que faz com que princípio seja subdividido em substratos, os quais ampliam a noção de legalidade. Dentre eles, o princípio da reserva legal que faz com que somente lei ordinária possa criar norma penal incriminadora e o princípio da taxatividade, que impõe a clareza, certeza e precisão a lei penal, sobretudo à norma incriminadora.

Em relação ao princípio da divisão de poderes, a relevância gira em torno da legitimidade do povo para a produção de normas. Por meio da democracia indireta o povo repassa o poder de criação das leis aos seus representantes, o que é uma garantia de o próprio povo legislar para ele mesmo. No direito penal, esta proteção deve ser mais latente, considerando o caráter de *ultima ratio* já explicado.

A intensa dinâmica das mudanças ocorridas no plano fático sempre foi um desafio para o direito positivado, a missão de se manter atualizado ao “mundo real” é penosa. Em razão disso, criaram-se diversos instrumentos e técnicas. Somando-se a esse dinamismo, temos também situações que o legislador é impossibilitado de estabelecer *a priori* todas as possibilidades fáticas nas normas.

Com essa incumbência nasce a noção de norma penal em branco e suas derivações, para dar agilidade à legislação. Essa técnica legislativa consiste num preceito, descrito de modo impreciso ou imperfeito, que remete a outra legislação ou a outra norma infralegal para sua complementação em termos de sentido, hipóteses

de aplicação e completude. Portanto, na norma penal em branco o comportamento proibido vem apenas enunciado ou indicado, sendo a parte integradora, que necessita da complementação, elemento indispensável à subsunção da tipicidade.

Conforme o que expusemos, é claro que o desenvolvimento da norma penal requer, assim como a sua criação, cautela e análise. Verificar a sua relevância no ser social como um meio de concretização de direitos é um dos objetivos daqueles que a entende como elemento de garantia social. De nenhuma forma poderão as normas penais atentar contra um dos bens mais preciosos ao cidadão: a segurança jurídica. Sem contar na utilização dessas normas para tratar de assuntos de extrema importância no cenário político e assim retirando-as da necessária discussão e amadurecimento como acontece, por exemplo, na discussão da descriminalização das drogas.

Quando isso ocorrer, como é o caso das normas penais em branco heterogêneas, deve-se declarar imediatamente a institucionalidade delas por agressão aos princípios da legalidade ou da reserva legal, da separação de poderes, do vínculo federativo e da segurança jurídica, sob pena de gerarem malefícios irreparáveis à ordem social.

De certo que há tempos o objetivo da norma penal em branco heterogênea foi subvertido, virando regra e não exceção, fazendo parte de uma delegação imprópria e ilegal, de um direito de exercício do poder soberano garantindo ao seu titular, o povo, constitucionalmente.

Dessa forma, com o intuito de assegurar uma ordem jurídica harmônica e pela segurança dos indivíduos é que propomos a inconstitucionalidade das normas penais em branco em sentido estrito ou heterogêneas, com a finalidade de manter a soberania de cada indivíduo e de punir de forma efetiva aqueles que violam a ordem social conjuntamente construída.

REFERÊNCIAS

ABREU DALLARI, Dalmo de. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo. Saraiva, 1998.

APARECIDA CANATO, Mônica. **O princípio da legalidade no direito penal**. Porto Alegre: Norton Editores, 2011.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. v. 1.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <www.jahr.org>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.444.537-RS**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68904/SP**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em: 17 dez. 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73168/SP**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em: 21 nov. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959-7**. Órgão Julgador: Tribunal do Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/Ayresbrittohc82959.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Conversão Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 26 abr. 2019.

COSTA E SILVA, Davi André. **Manual de direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FEIKE, Pedro Ribeiro Aguston. O controle de convencionalidade e o Supremo Tribunal Federal. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, Ijuí, ano 23, n. 41, jan.-jun. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Barra Funda: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19.ed. Niteroi: Impetus, 2017. v. 1.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTESQUIEU, Martins Fontes. **Do espírito das leis**. 9.ed. São Paulo: Editora Ltda, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2016.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OEA. **Os Governos signatários**, Membros do Conselho da Europa. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

SANCHES CUNHA, Rogério. **Manual de direito penal**: parte geral. 5.ed. Salvador: JusPODVIM, 2017.

ZENKNER SCHIMIDT, Andrei. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.