

Leis penais em branco e competência legislativa da união em matéria penal: os contornos da norma de complementação para a afirmação da constitucionalidade da regra penal

Blank criminal laws and union's legislative competence in criminal matters: the contours of the complementation norm for the affirmation of the constitutionality of the criminal rule

Fábio André Guaragni¹

Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba)

Sumário: 1. Introdução. 2. A competência para edição da norma incriminadora como consequência da dimensão formal do Princípio da Reserva Legal 3. Lei penal em branco, princípio da reserva legal e sua dimensão formal: a tensão produzida em relação à fonte de complementação do branco 3.1. Linhas gerais acerca das leis penais em branco 3.2. Há obediência ao princípio da reserva legal se uma parte do preceito primário do tipo é dada a conhecer através de fonte normativa diversa da lei ordinária? 4. Conclusão. 5. Referências.

Resumo: Por força do princípio da reserva legal, compete ao Poder Legislativo da União definir crimes. Porém, no caso de leis penais em branco de complementação heterogênea, parte da regra penal é constituída por complemento proveniente de fonte diversa da lei ordinária, hierarquicamente inferior. Discute-se, então, se leis penais em branco afrontam o princípio constitucional da reserva legal ou se, observados determinados limites, a filtragem constitucional da regra incriminadora é positiva. Dá-se especial ênfase à solução dada pelo C. Supremo Tribunal Federal ao assunto, a partir do Tema 1.246.

Palavras-chave: Princípio da reserva legal – leis penais em branco – constitucionalidade – competência legislativa da União.

Abstract: By virtue of the principle of legal reserve, it is up to the Legislative Power of the Union to define crimes. However, in the case of blank criminal laws of heterogeneous complementation, part of the criminal rule is constituted by a complement from a source other than the ordinary law, which is hierarchically inferior. It is discussed, then, if blank criminal laws defy the constitutional principle of legal reserve or if, observing certain limits, the constitutional filtering of the incriminating rule is positive. Special emphasis is given to the solution given by the Federal Supreme Court to the matter, starting from Theme 1.246.

Keywords: Principle of legal reserve – blank criminal laws – constitutionality – legislative competence of the Union.

¹ Doutor (2002) e Mestre (1998) em Direito das Relações Sociais pela UFPR, com estágio pós-doutoral na Università degli Studi di Milano (2012). Professor de Direito Penal Econômico do PPGD – Doutorado e Mestrado do Unicuritiba. Professor de Direito Penal e Presidente da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – Fempar. Procurador de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o C. Superior Tribunal Federal brasileiro voltou a se debruçar sobre o tema dos limites a serem observados pelo legislador, quando da edição de leis penais em branco, para que resultem acordes com a Constituição da República (CR). Tratou-se da decisão plenária que solucionou o Tema 1246, em regime de repercussão geral.

A decisão dá oportunidade a que sejam revisitados os citados limites. De partida, importa frisar que leis penais em branco podem ou não ser inconstitucionais. Depende do modo como se dá o reenvio à norma complementadora do branco, "seu nível e forma de presença", sendo minoritária a posição de quem questiona "a necessidade da lei penal em branco e a evitabilidade da remissão a regulamentos"². De fato, não partilhamos a) nem da posição que considera, de antemão, inconstitucionais todas as leis penais em branco, b) nem daquela que afirma a respectiva constitucionalidade, de modo alheio aos contornos do espaço normativo que foi deixado em branco e do modo como sucede complementá-lo.

As discussões sobre a constitucionalidade das leis penais em branco concentram-se no embate que a técnica legislativa produz com o princípio da reserva legal. São três os pontos de conflito: a) na dimensão formal, a edição de um pedaço do tipo penal por agência alheia ao Poder Legislativo da União, a quem materialmente compete legislar sobre direito penal (CR, art. 22, I); b) na dimensão da função de garantia da norma penal, as discussões relativas à taxatividade da lei penal, que periclita na exata medida em que parte do preceito primário fica incompleto, carecendo de uma complementação que, em geral, mostra-se estranha à redação do tipo; c) ainda na dimensão da função de garantia, os problemas alusivos ao tratamento da sucessão de leis penais e ao princípio da anterioridade da lei penal, quando da alteração da norma complementadora do branco, que se dá usualmente no campo do direito administrativo.

Aqui, detemo-nos só no primeiro problema. Trabalharemos, inicialmente, os contornos do princípio da reserva legal formal adotado na Constituição brasileira. Após, traçaremos considerações gerais sobre a categoria dogmática da lei penal em branco. Em seguida, discorreremos exatamente acerca de quais limites devem ser observados quando do reenvio efetuado pela lei penal em branco para outras fontes normativas, para que seja adequada ao texto constitucional, do ponto de vista da não violação da competência privativa do Poder Legislativo da União para edição de leis penais. Aqui, inclusive, traremos alguns detalhes sobre a já citada decisão do STF, que motivou essas linhas. Ao final, seguem conclusões, ao modo de sumas.

2. A COMPETÊNCIA PARA EDIÇÃO DA NORMA INCRIMINADORA COMO CONSEQUÊNCIA DA DIMENSÃO FORMAL DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

O princípio da reserva legal tem, de início, uma dimensão formal: exige lei em sentido estrito para a produção das normas pelas quais o estado exerce controle social penal. Formalmente, o crime é um comportamento cuja forma discrepa daquela que o comportamento deveria ter, segundo a norma. Pois a forma que o comportamento deve ser (direito como dever-ser) é definida pela lei ordinária.

Ficam reservadas ao legislador não só as previsões dos comportamentos incriminados, nos preceitos primários dos tipos, como também as respectivas penas. Assim, as normas penais incriminadoras estão reservadas ao Poder Legislativo. E, de modo amplo, também normas que agravem de algum modo a posição do sujeito ativo de delito. Tudo é corolário da Filosofia da Ilustração. De modo conseqüente com a herança iluminista de limitação da "potestas puniendi" estatal, somente ao próprio povo é dado a) limitar a si mesmo em liberdades e outros direitos individuais e b) prever os limites com que o poder punitivo incidirá sobre si. Quando se autolimita,

²SANTANA VEGA, D.M. *El concepto de ley penal en blanco*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 41.

um povo é antes de tudo autônomo, no sentido de produzir sua própria norma, através da qual cada um sabe o que pode e o que não pode fazer, e o que acontece se fizer o que não pode³. Rechaça-se, na herança da Ilustração, a heteronomia, que consistiria em submeter-se a uma normativa produzida por agência ou fonte material diversa de si mesmo.

Nessa perspectiva, conectam-se jusnaturalismo e contrato social. Os direitos naturais, constituídos sob o Espírito das Luzes pela valorização do indivíduo frente ao Estado, significam que cada ser humano não precisa do Estado para possuir direitos. Afinal, tem um valor tão elevado que nasce com eles. O jusnaturalismo é um limite externo ao poder estatal⁴. Porém, a respectiva preservação apresenta-se difícil mediante ações pessoais, representativas de justiça pelas próprias mãos. A clássica pretensão hobbesiana de evitar uma guerra de todos contra todos, na proteção que cada um teria interesse de fazer em prol de seus direitos naturais, leva à criação de um Estado Civil por parte da coletividade humana. Uma vez criado, aprovisionará os indivíduos de segurança, quando ofendidos por outros indivíduos. O ofendido não faz justiça por meios próprios. Abre mão da liberdade de fazê-la, transferindo-a ao Estado nas situações previamente desenhadas em lei, com consequências para todos e sobre todos previamente conhecidas. Como contrapartida, o Estado é obrigado à prestação da segurança e justiça, na defesa daqueles que foram vitimados⁵. Por isso, uma ação penal pública, com impulso oficial por órgão de Estado (Ministério Público). E, quando o Estado atua mediante exercício de poder-dever, há de respeitar os limites legais estabelecidos para sua atuação. Nessa dinâmica, de modo sincrônico, o Iluminismo refundamentou o exercício do poder punitivo (aspecto menos propalado da herança Iluminista no direito e processo penal) e estabeleceu contenções para ele (aspecto mais conhecido da reportada herança).

Para reforço da autonomia popular, na crença de que os limites às liberdades públicas dos membros do povo são criados por eles mesmos, a produção legislativa nas democracias representativas dá-se mediante um rito que garante a participação popular, direta ou mediante representação. O modo mais usual é o segundo. É feito através de processo legislativo, levado a cabo no seio do Poder Legislativo, segundo competências previamente estabelecidas na carta constitucional. Como bem assinala Pulitanò, “o conceito de lei se refere à lei formal emanada do Parlamento e promulgada pelo Presidente da República em conformidade com o art. 70 ss. da Constituição. Até aqui, estamos no sulco da fundação iluminista do princípio da legalidade: a lei penal como expressão da vontade formada e expressa pelo órgão representativo”^{6 7}.

No Brasil, o art. 22, I, CF, prevê a competência legiferante do Poder Legislativo da União para, mediante processo legislativo garantidor da autonomia popular na autolimitação de liberdades públicas, criar normas em direito penal. O *iter* do processo legislativo exige a atuação dos congressistas, enquanto representantes populares. Trata-se de competência privativa. Diversamente da exclusiva, a competência privativa é delegável: a mecânica está prevista no próprio art. 22, parágrafo único, CF, que prevê a possibilidade de o Congresso, através de Lei Complementar, autorizar os Estados-membros da Federação a legislar “sobre

³VALLEJO, M.J. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, p. 24.

⁴BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997, p. 15.

⁵LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*, Vozes, Petrópolis, 1994, pp. 132-133.

⁶PULITANÒ, D. *Diritto Penale*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 103.

⁷A referência aos arts. 70 e ss. dizem acerca da formação da lei no processo legislativo italiano, segundo a respectiva Carta Constitucional, de 1948. Correspondem aos arts. 59 e ss. da CF. In: BRASIL, *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

questões específicas” nos temas previstos no rol do art. 22 – inclusive de direito penal⁸.

Raramente, fazem-se usos no Brasil de expedientes constitucionais de participação popular direta, estabelecidos no art. 14, CF⁹: a) referendos (art. 14 II CF) e plebiscitos (arts 14, I e 49, XV, CF), como o referendo realizado em 2005 acerca do art. 35 da Lei 10826/03¹⁰, pelo qual cerca de 63% dos eleitores brasileiros votantes foram contrários à proibição do comércio de armas no país; b) a iniciativa de lei popular (art. 61, parágrafo 2º, CF, exigente de um mínimo de “no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”¹¹), de que foi exemplo, em matéria criminal, a proposição das dez medidas de combate à corrupção (PL 4850/16¹²), capitaneada pelo MPF, cujo teor foi desfigurado no transcurso das votações.

Vale acrescentar que o princípio da reserva legal, a partir do desenho legislativo brasileiro, não possui natureza substancial. Significa que, além da necessidade de *lex praevia*, a moldura do delito é dada pela forma escrita e estrita (*lex scripta et stricta*), incumbindo ao legislador o dever de clareza semântica (princípio da taxatividade da norma – *lex certa*). A *lex stricta* implica na vedação de analogia em desfavor do imputado, sendo inviável o apelo a espécie de danosidade produzida pelo comportamento para puni-lo à míngua de previsão legal, em analogia a casos expressos em lei. Não se adota, portanto, um princípio de legalidade substancial no país.

Traçado o panorama através do qual, no Brasil, é possível construir crimes e penas – isto é, através da estreita observância ao Princípio da Reserva Legal formal, que enuncia, no art. 5º, XXXIX, CF, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (regra igualmente estampada no CP, art. 1º¹³), conduzimo-nos ao tema da lei penal em branco. A questão é saber como a lei penal em branco tensiona a noção de que, formalmente, todo crime e toda pena só podem proceder de lei ordinária – aquela que passa pelo processo legislativo, acima mencionado.

3. LEI PENAL EM BRANCO, PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E SUA DIMENSÃO FORMAL: A TENSÃO PRODUZIDA EM RELAÇÃO À FONTE DE COMPLEMENTAÇÃO DO BRANCO

Na dimensão formal, o princípio da reserva legal expressa a ideia de que algo está reservado à lei ordinária: veicular crimes e penas. A lei ordinária figura como fonte formal, ou de conhecimento, do comportamento incriminado e da resposta punitiva. Já o Congresso Nacional, onde se dá o *iter* consistente no processo legislativo, mediante discussão bicameral, apresenta-se como fonte material, também denominada fonte de produção.

O tensionamento produzido pelas leis penais em branco em relação à dimensão formal do princípio da reserva legal é bastante conhecido. Afinal, trata-se de lei penal incriminadora na qual o preceito primário do tipo mostra-se incompleto – uma parte da descrição do comportamento encontra-se em branco. E o trecho em branco é completado por outra fonte normativa de conhecimento. Daí definir-se lei penal em branco como aquela cujo preceito primário é completado por outra norma, “no todo ou em parte”¹⁴. A tensão com o princípio da reserva legal, acima aludida,

⁸BRASIL. *Constituição, idem.*

⁹BRASIL. *Constituição, idem.*

¹⁰BRASIL. *Lei nº 10.826 de 2003*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

¹¹BRASIL. *Constituição, idem.*

¹²MPF. *Projeto de Lei nº 4.850 de 2016*, disponível em: <https://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2060-PL-4850.pdf>, acesso em: 27 abr. 2023.

¹³BRASIL. *Constituição, idem.*

¹⁴MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. *Corso di Diritto Penale*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 114.

deriva das situações nas quais a complementação do branco advém de fonte de conhecimento distinta da lei ordinária, ou lei em sentido estrito. Usualmente – mas não obrigatoriamente – são fontes de conhecimento do direito hierarquicamente inferiores à lei ordinária, observada a pirâmide normativa. E, também usualmente, a agência de produção (ou fonte material do direito) não corresponde ao Congresso Nacional.

No ponto, convém rememorar as linhas centrais da categoria dogmática da lei penal em branco.

3.1. LINHAS GERAIS ACERCA DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

De fato, nem sempre o complemento da lei penal em branco é dado por fonte normativa de hierarquia inferior à lei ordinária. A complementação da lei penal em branco pode também se dar mediante fonte formal de hierarquia igual à lei penal ordinária que se apresenta lacunosa. Nesse caso, há lei ordinária penal em branco complementada por outra lei ordinária – ambas com mesmo nível hierárquico. É o que se denomina lei penal em branco de complementação homogênea, homóloga, lei penal em branco em sentido amplo (“*lato sensu*”) ou imprópria. Por exemplo, o art. 178, CP¹⁵, que incrimina a emissão de conhecimento de depósito ou *warrant* “em desacordo com disposição legal”. As disposições legais estão em branco. Por isso, o art. 178 reenvia à Lei 11.076/2004¹⁶, que disciplina os requisitos para emissão dos títulos citados^{17 18 19}.

Porém, são mais frequentes aquelas em que o branco é complementado por fonte formal distinta da lei ordinária e, repete-se, usualmente inferior em nível hierárquico. Neste caso, tem-se a norma penal em branco de complementação heterogênea, heteróloga, norma penal em branco em sentido estrito (“*stricto sensu*”) ou própria. O exemplo mais corriqueiro é o art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico)²⁰, que criminaliza o tráfico de drogas “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A Portaria 344/98-Secretaria da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde é a norma de complementação²¹.

A remissão efetuada pelo preceito primário à norma diversa pode ser específica, com a respectiva e clara identificação, apontando-se por exemplo o

¹⁵BRASIL. *Código Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 11.076 de 2004*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11076.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

¹⁷Dá-se neste exemplo uma lei penal em branco de complementação homogênea heterovitelina (lei ordinária que encontra seu complemento em outra lei ordinária. *In*: BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Revan, Rio de Janeiro, 1990, pp. 73-74.

¹⁸Também se alude ao fenômeno de um *reenvio externo*, porque uma lei penal em branco remete à norma contida em lei diversa daquela que a prevê. Se a outra norma estivesse contida *na mesma lei*, haveria lei penal em branco de complementação homogênea homovitelina, correspondendo a um *reenvio interno*. Assim, a norma penal em branco de complementação homogênea pode operar reenvio externo (a outra lei) ou interno (à outra norma da mesma lei).

¹⁹Enrique Cury alude, ainda, com apoio em Grispigni, à lei penal em branco *ao revés* Designa normas que estabelecem o preceito primário, enviando a outra norma o conteúdo da sanção. No Brasil, o uso de documento falso, art. 304, CP, serve de exemplo, remetendo a sanção aos tipos incriminadores dos próprios atos de falsificação. Note-se que a norma penal em branco está *ao revés*, porque em regra a categoria concerne à necessidade de complemento no preceito primário, não no preceito secundário. *In*: CURY, E. *La Ley Penal en Blanco*, Editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 42.

²⁰BRASIL. *Lei nº 11.343 de 2006*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

²¹BRASIL. *Portaria nº 344 de 1998*, disponível: https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html, acesso em: 27 abr. 2023.

número da lei, o nome pelo qual é conhecida, até um artigo de lei. É o caso do art. 40, Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais)²², que incrimina a conduta de “causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990²³, independentemente de sua localização”. Porém, na maior parte dos casos, há remissão genérica, com mera alusão à fonte normativa diversa, de maneira indefinida ou inespecífica. Na mesma lei de crimes ambientais, serve de exemplo o art. 38, prevendo como crime “destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção”. Subsume-se a conduta ao art. 38 e, após, ele reenvia às normas que preveem proteção das florestas de preservação permanente, quando do respectivo uso.

Note-se que essa norma para a qual a lei penal em branco faz reenvio genérico pode ser preexistente ou futura. É intuitivo que, na hipótese de norma de complementação futura – ainda inexistente quando editada a lei penal –, o tipo não poderá ser empregado enquanto ela não sobrevém, pois ausente o complemento do branco.

Quanto à norma complementadora: é possível que a norma penal em branco remeta a uma norma e esta, a seu turno, faça remissão a uma terceira. Tem-se, então, lei penal em branco de remissão sucessiva ou em segundo grau. Reportada situação torna mais aguda a tensão entre leis penais em branco e reserva legal, não só por uma ou ambas as fontes de complementação não serem leis ordinárias, mas pela intensificação da incerteza concernente ao comportamento proibido. Por outro lado, a norma complementadora pode fazer alusão expressa ao fato de que integra o preceito primário de um tipo penal. Quando isto ocorre, tem-se uma cláusula de remissão inversa²⁴, reduzindo a incerteza inerente à lei penal em branco e minimizando o atrito entre esta e o princípio da taxatividade da norma penal, vertente do princípio da reserva legal no que exigente de *lex certa*.

Note-se, por fim, que quando fala de lei penal em branco, a literatura brasileira predominantemente toma em consideração a fonte formal ou de conhecimento

²²BRASIL. Lei nº 9.605 de 1998, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

²³BRASIL. Lei nº 99.274 de 1990, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

²⁴VALLEJO, M.J. *Principios constitucionales (...)*, Ob. Cit., p. 36.

da norma penal, e não a fonte material ou de produção^{25 26 27 28 29 30 31 32 33}. Como antedito, em regra, o órgão expedidor do complemento da lei em branco de complementação heterogênea acaba sendo diverso do Poder Legislativo da União, que detém competência privativa para editar normas penais (art. 22, I, CF³⁴). Há, porém, quem atente para a *fonte de produção* já no conceito da categoria. Por exemplo, em seu *Tratado*, ZAFFARONI tomou-a em conta, ao definir lei penal em branco *lato sensu* como aquela que deveria socorrer-se em outra lei “emergida do mesmo órgão ou poder legiferante”, enquanto a lei penal em branco *stricto sensu* geraria problemas concernentes à reserva de lei, porque a determinação do conteúdo proibido apelaria a “outro órgão legiferante”^{35 36}.

²⁵Dentre outros, tomam em consideração a fonte de conhecimento na definição de lei penal em branco, Luiz Regis Prado afirma; “A lei ou norma penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra lacunosa ou incompleta, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação. Essa afirmação significa dizer que o preceito, hipótese legal (preceito ou prótase) é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser preenchida, colmatada ou determinada por ato outro normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal.” *In: PRADO, L.R. Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral, Vol.1, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, pp. 183-184.*

²⁶Sobre a mesma questão Rogério Greco diz; “embora haja uma descrição de 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”. Não obstante, Rogério Greco alude à necessidade de que as fontes de *produção* sejam tomadas em conta quando se classifica a lei penal em branco (sentido estrito ou amplo). *In: GRECO, R. Curso de Direito Penal, 12ª ed., Impetus, Rio de Janeiro, 2010, p. 20.*

²⁷Ainda, Cezar Roberto Bittencourt afirma que; “Leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal”. *In: BITENCOURT, C.R. Tratado de Direito Penal - Parte geral, Vol. 1, 11ª. ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 170.*

²⁸René Ariel Dotti afirmou: “Elas se caracterizam pelo sentido genérico do preceito que deve ser completado por outra disposição normativa (lei, decreto e regulamento)”. *In: DOTTI, R.A. Curso de Direito Penal: parte geral, 7ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2020, p. 348.*

²⁹Para Heleno Cláudio Fragoso; “A descrição da conduta incriminadora necessita ser integrada por outra norma já existente ou futura”. *In: FRAGOSO, H.C. Lições de Direito Penal (Parte Geral), 16 ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 92.*

³⁰José Henrique Pierangeli opta por uma aceção material (fonte de produção) para definir o complemento do branco. *In: PIERANGELI, J.H. Escritos jurídicos penais, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 176.*

³¹Luis Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina definem as leis penais em branco como “aquelas que contêm só a ameaça da pena e no que respeita ao tipo remetem a outras normas”, do que se entrevê alusão a leis penais em branco de remissão integral a outra norma, de um lado, e ênfase na fonte de conhecimento ou formal ao definir a categoria dogmática, de outro. *In: GOMES, L.F. & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Direito Penal - Parte geral, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 71-74.*

³²Hans Welsel caminha neste sentido na literatura estrangeira, vez que o apelo mais usual é também à fonte de conhecimento. *In: WELZEL, H. El nuevo sistema del derecho penal, (Trad. José Cerezo Mir), BdeF, Buenos Aires, 2004, p. 181.*

³³Enrique Cury ao conceituar lei penal em branco como “toda aquela que remete o complemento do seu preceito à disposição distinta, quaisquer que sejam a origem e localização desta última”. *In: CURY, E. La Ley Penal (...), Ob. Cit., pp. 39-40.*

³⁴BRASIL. *Constituição, idem.*

³⁵ZAFFARONI, E.R. *Tratado de Derecho Penal - Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 190.*

³⁶Note-se que, em obra mais recente, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, utilizam um conceito que apela para fontes formais: “Existem casos em que a lei penal se limita a estabelecer uma cominação, deixando que a ação proibida seja determinada por outra lei, que pode ser também formal, mas que em geral não o é: se trata das chamadas leis penais em branco”. Ou seja, os citados autores defendem a sistemática inconstitucionalidade da norma penal em branco em sentido estrito. *In: ZAFFARONI, E.R; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. Derecho Penal - Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 108.*

O apelo à fonte formal para definição da norma penal em branco – acima tomado em conta – coordena-se melhor com o que revela a própria *leitura* dos preceitos primários que são veiculados por leis penais em branco. Eles não costumam citar outro órgão legiferante. O que fazem é remeter para outra fonte normativa formal (por ex., *em desacordo com a lei, sem autorização regulamentar, etc.*). Porém, é inegável que o critério acarreta certa *colisão* com um dos fundamentos político-criminais da categoria.

De fato, as leis penais em branco têm dupla utilidade político-criminal: a) a remissão a complementos cuja edição exige menos formalidades que a lei penal permite uma constante atualização do tipo incriminador, sem que tenha que ser revisado mediante sucessivos projetos de lei³⁷; b) numa sociedade detentora de conhecimentos técnicos profundos, montada sobre o avanço tecnológico produzido pelo *cogito* e pela Revolução Industrial, na qual um homem “especialista” passa a vida estudando, v.g., um concreto fenômeno da física³⁸, o conhecimento técnico é absolutamente necessário para a edição de normas penais tangentes às áreas da vida mais sofisticadas.

O direito penal, ao assumir a função de redução de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros. Em todas as áreas, abre-se a necessidade de preservar a confiança nos “sistemas peritos”, enquanto conhecimentos técnicos repetida e publicamente testados, viabilizadores de produtos e serviços como bens de consumo³⁹ 40. Para tanto, carece de dados técnicos acerca dos quais um conhecimento profundo e necessário não é detido, em regra, pelos membros do Poder Legislativo. Usualmente, o Estado conta com técnicos detentores destes conhecimentos no âmbito do Poder Executivo. O Poder Executivo, mediante atividade administrativa munida de poder de polícia, realiza controles sobre tais áreas. Atualmente, mundo afora, fá-lo na perspectiva de um Estado que: a) recuou da posição de levar avante iniciativas estratégicas da vida econômica, concedendo-as aos particulares – tratou-se do processo de globalismo econômico, de traço neoliberal, dos anos 90 do século passado; b) coloca-se na retaguarda, como espécie de gerente ou gestor de riscos⁴¹; c) regulamenta e fiscaliza sobretudo as atividades arriscadas dos vários setores da vida econômica, após cominuí-las em fascículos bem identificados como alvos de controle; d) tenta acompanhar, assim, cada etapa dos processos destinados à produção e distribuição de bens e serviços ao consumo, estipulando para cada uma delas patamares aceitáveis de risco, de modo a neutralizar a dificuldade que adviria para, em caso de dano, identificar os processos causais correlatos e realizar as imputações objetivas de comportamentos; e) esse quadro desemboca no direito

³⁷Enrique Cury destaca de forma favorável este fundamento. *In: CURY, E. La Ley Penal (...), Ob. Cit.*, pp. 51-52.

³⁸José Ortega y Gasset afirmava: “a especialização começa precisamente num tempo que chama homem civilizado ao homem ‘enciclopédico’. O século XIX inicia seu destino sob a direção de criaturas que vivem enciclopedicamente, embora sua produção já tenha um caráter de *especialismo*. Na geração subsequente, a equação se deslocou, e a especialidade começa a desalojar dentro de cada homem de ciência a cultura integral. Quando em 1890 uma terceira geração toma o comando intelectual da Europa, encontramos-nos com um tipo de cientista sem exemplo na história”. *In: ORTEGA Y GASSET, J. La Rebelión de las Masas*, 2ª ed., Editorial Andres Bello, Santiago, 1996, p. 143.

³⁹Para Anthony Giddens, os *sistemas peritos* são “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”. *In: GIDDENS, A. As conseqüências da modernidade*, UNESP, São Paulo, p. 35.

⁴⁰abordamos questões acerca da intercessão entre direito penal e sistemas peritos. *In: GUARAGNI, F.A. “A função do direito penal e os ‘sistemas peritos’”. In: GUARAGNI, F.A. & CÂMARA, L.A. (Org.), Crimes contra a ordem econômica - temas atuais de processo e direito penal*, Juruá, Curitiba, 2010, pp. 72-87.

⁴¹NIETO MARTÍN, A. “Introducción”, *in: El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, 2013, p. 13.

penal mediante o apelo legislativo aos crimes de perigo abstrato, ofensivos a bens jurídicos de recorte supraindividual. Nesta moldura ampla é que os especialistas do corpo funcional dos poderes executivo dos estados nacionais produzem regulamentos que completam as leis penais em branco, nutrindo-as de dados técnicos sofisticados que o legislador não conhece.

Esta a essência da autêntica lei penal em branco. Aí vai sua verdadeira razão de ser: dar voz aos especialistas, cuja presença no corpo funcional estatal costuma se dar no ambiente do Poder Executivo. Não fosse a necessidade de conhecimentos incomuns – cada vez mais exigidos nas sociedades de corte pós-industrial do século XXI – atenuar-se-iam as razões do legislador para produzir a lei penal com o preceito primário incompleto. Conquanto cotidianas as críticas às leis penais em branco – principalmente em face do princípio da reserva legal –, é de ser reconhecida, aqui, uma virtude: é melhor que a lei penal possa contar com as impressões e conhecimentos dos técnicos e cientistas, seja para atingir as condutas que, verdadeiramente, são geradoras de riscos para os bens de proteção penal, seja para evitar sejam atingidos comportamentos inócuos. Diminui-se o risco do erro com a presença dos especialistas.

Num exemplo rápido, para a identificação de substâncias naturais ou sintéticas causadoras de dependência, cujo controle incumbe ao Estado, os conhecimentos técnicos farmacológicos, médicos e sanitários são necessários. Os técnicos aptos para, na estrutura estatal, definirem tais substâncias, estão nos órgãos sanitários, ligados ao Poder Executivo. Não vai o legislador definir quais são as substâncias, os princípios ativos, as combinações manuseadas, inclusive, com síntese laboratorial. Haveria uma norma penal editada por alguém desmuniado de acervo de conhecimento adequado, criando um rol de substâncias eventualmente equivocado. Lado outro, a dependência de um processo legislativo moroso a cada necessidade de atualizar o rol de substâncias entorpecentes implicaria em constante descompasso entre a lei e aquelas efetivamente circulantes. Daí o próprio STF já ter confirmado a constitucionalidade do art. 33 da Lei 11.343/06⁴² (tráfico de entorpecentes) e de sua complementação pela via administrativa – Portaria 344/98 SVS/MS. Trata-se do precedente Segundo Ag.Reg. no Rext 1.119.015/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª Turma, Sessão Virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020⁴³.

Numa sociedade de conhecimentos sofisticados, o Poder Legislativo não dá conta de atingir o conjunto de conhecimentos técnicos requeridos para intervir penalmente nos correspondentes setores da vida econômica que podem comprometer a segurança alimentar, sanitária, ambiental, dentre outras dimensões da segurança, tanto como direito individual (art. 5º, caput, CF⁴⁴) como supraindividual social (art. 6º, CF⁴⁵). Daí produzir-se uma necessidade da categoria dogmática da norma penal em branco, e a intensificação do respectivo uso na política criminal econômica e ambiental⁴⁶.

Por isso é que, de regra, cabe a nomenclatura lei penal em branco em *sentido estrito* para aquela que é completada por fontes normativas diversas da lei (formalmente inferiores). Afinal, os órgãos que as produzem são justamente aqueles que dão voz aos especialistas.

Já a lei penal em branco que o próprio legislador completa, mediante fonte de igual hierarquia, só pode ser reputada uma lei penal em branco no ponto em que contém uma incompletude, que reclama a presença de outra norma. É o único ponto em comum com a lei penal em branco em sentido estrito. Daí ser lei penal em branco apenas no *sentido amplo*, já que precisa complementar-se por outra norma. Não se trata uma lei penal em branco na verdadeira *acepção*, pois não exige remissão aos

⁴²BRASIL. Lei nº 11.343 de 2006, *idem*.

⁴³STF. Ag.Reg. no Rext 1.119.015/MG, disponível em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 27 abr. 2023.

⁴⁴BRASIL. Constituição, *idem*.

⁴⁵BRASIL. Constituição, *idem*.

⁴⁶Também assim: GOMES, L.F. & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Direito Penal (...), Ob. Cit.*, pp. 44-45.

conhecimentos dos especialistas que possam integrá-la, mediante fonte legislativa diversa formal - decretos, resoluções, portarias, regulamentos, todas expressões usuais de atuação normatizadora do Poder Executivo, em caráter anômalo. As leis penais em branco em sentido amplo, a rigor, não ostentam as razões de existência da autêntica lei penal em branco.

3.2. *HÁ OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL SE UMA PARTE DO PRECEITO PRIMÁRIO DO TIPO É DADA A CONHECER ATRAVÉS DE FONTE NORMATIVA DIVERSA DA LEI ORDINÁRIA?*

Quanto à pergunta acima formulada, desde logo se afirma: a lei penal em branco em sentido amplo não se mostra problemática⁴⁷. Afinal, conquanto incompleta, se o próprio legislador expede a norma de complementação, tem-se que tanto a lei em branco, como o complemento do branco, foram produzidos pela autoridade privativamente competente (Poder Legislativo da União), na forma do art. 22, I, CF⁴⁸.

Contrariamente, há tensão entre a dimensão formal do princípio da reserva legal e a categoria da lei penal em branco *em sentido estrito*. Isso deriva não só a) do fato de que há remissão à fonte normativa formal diversa da lei em sentido estrito, mas também porque b) isso implica, em regra, remissão a uma fonte normativa material diversa, como as agências estatais de gerenciamento de riscos e setores da vida econômica e social, como, no Brasil, a Anvisa⁴⁹, Anatel⁵⁰, Anac⁵¹, ou diretamente aos órgãos do Poder Executivo com poderes regulamentares. Esse panorama gera atrito com a competência constitucional exclusiva para produção da norma penal reservada ao Poder Legislativo da União. Lado outro, c) mesmo o Poder Legislativo, atuando como fonte material ou de produção, eventualmente expede atos normativos que não ostentam a condição de lei ordinária. E tais atos podem ser usados para preencher brancos deixados nos preceitos primários de tipos penais. Sabe-se, por exemplo, que o Senado da República pode fixar resoluções em matéria tributária (art. 155, 2º, II, CF⁵²). Acaso referida resolução complemente lei penal em branco em matéria penal tributária, aflora a questão dos limites formais reservados à lei ordinária em matéria criminal.

Como se resolve o problema?

Não se pode taxar a lei penal em branco de inconstitucional *tout court*. Tampouco afirmá-la constitucional sempre. Em verdade, a análise depende de cada situação concreta. A solução acerca da constitucionalidade ou não do tipo penal, nesses casos, passa inicialmente pela identificação do motivo central pelo qual se deixam brancos a serem preenchidos no preceito primário. Se para completar o tipo, há necessidade de evocar conhecimentos técnicos verticalizados, no marco de uma sociedade pós-industrial, dependente da confiança em sistemas peritos, sintéticos de tecnologias avançadas que inundam o mercado como bens e serviços destinados ao consumo, o uso da técnica de reenvio se anuncia legítimo. Já destacamos, neste sentido, que é *até prudente dar voz ao especialista*, ainda que integrando poder de

⁴⁷Luís Greco assinala que “apenas nas hipóteses em que a dependência do direito penal diz respeito a direito administrativo legislado (federal) inexistem problemas no que se refere à compatibilidade com o *nullum crimen*”. In: GRECO, L. “A Relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 58, Revista dos Tribunais, São Paulo, jan/2006, p. 164.

⁴⁸BRASIL. *Constituição*, *idem*.

⁴⁹ANVISA. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br>, acesso em: 27 abr. 2023.

⁵⁰ANATEL. *Agência Nacional de Telecomunicações*, disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br>, acesso em: 27 abr. 2023.

⁵¹ANAC. *Agência Nacional de Aviação*, disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br>, acesso em: 27 abr. 2023.

⁵²BRASIL. *Constituição*, *idem*.

Estado diverso do Legislativo (como sói ocorrer, particularmente quando o Estado assume função gerencial de riscos). A norma penal se coordena com a atividade gerenciadora de riscos do Estado. A verificação da constitucionalidade da norma, de um lado, há de se orientar por este eixo. Como outro eixo, põe-se a questão de manter-se o cerne da lei penal em branco como expressão popular comum a todo o processo de criminalização primária de uma conduta: só ao povo, enquanto destinatário da norma penal, é dado limitar suas liberdades, mediante atuação de seus representantes. Isso há de ser preservado também nas leis penais em branco.

Estes eixos, combinados, viabilizam a constitucionalidade da lei penal em branco. Resulta da combinação de ambos determinados limites. Se obedecidos, resultam em leis penais em branco constitucionais. Caso contrário, levam ao conflito com a regra fundamental. Cabe à doutrina achá-los, sobretudo para orientação do legislador. Não é aceitável a afirmação pura e simples da inconstitucionalidade da categoria, cega aos fatos geradores do incremento da respectiva utilização político-criminal e desatenta aos contextos de vida de sociedades pós-industriais, de mercados globalizados, sistemas peritos e fichas simbólicas. É nesses contextos sociais, altamente cercados de conhecimentos técnicos, que se aplicam os tipos penais construídos sob a técnica da lei penal em branco.

A posição de considerar a lei penal em branco automaticamente constitucional, sem examinar as razões legislativas para tanto, numa postura principalmente alheia à necessidade de aporte de conhecimentos típicos de órgãos técnicos de gestão de riscos, situados usualmente no poder executivo do Estado, ou em agências públicas autônomas:

a) não contribui para o debate orientado à construção de limites que possam fundamentalmente *auxiliar o legislador*, quando faz uso desta modalidade de remissões;

b) despreza o fato de que, na Constituição brasileira, o tráfico de entorpecentes – classicamente tipificado mediante lei penal em branco – é indicação criminalizadora contida no art. 5º, XLIII⁵³, de modo que está longe de ser um tipo penal inconstitucional⁵⁴. Esta posição, por extensão, acaba violando o próprio princípio de vedação de proteção deficiente à saúde pública, derivado do comando constitucional de criminalização^{55 56}, no específico tema do tráfico de drogas;

c) não atenta para o fato de que a adoção das teorias de imputação objetiva no sistema de análise do delito acaba impondo uma remissão a normas extrapenais legais e infralegais *em todo e cada caso penal julgado*, para fixação do caráter permitido ou proibido dos patamares de risco gerados pela conduta. Além delas, mesmo “normas técnicas de segurança, a *lex artis*, o chamado princípio da confiança e, por fim, a própria ideia de homem prudente”⁵⁷ dão suporte à imputação objetiva do evento ao agente. Neste sentido, diz Greco, uma remissão

⁵³BRASIL. *Constituição*, *idem*.

⁵⁴Não é preciso adentrar na discussão acerca da possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais, não só por vício de forma (aprovação de emenda com quórum inferior ao necessário, v.g.) como de conteúdo material. A indicação criminalizadora do tráfico feita na Constituição, equiparando-o aos crimes hediondos e restringindo a aplicação de institutos constitutivos de *favor rei*, como fiança, graça (indulto individual) e anistia, não tem vício material ou formal de inconstitucionalidade.

⁵⁵Sobre o princípio de vedação de proteção deficiente coliga-se ao direito fundamental à segurança do cidadão enquanto sujeito passivo de delitos, contido no preâmbulo e no art. 5º, caput, CF, e orienta o direito penal, tanto quanto os princípios tradicionais de contenção ao poder punitivo que derivam da mesma Carta Magna e estão, em boa medida, contidos no próprio art. 5º. Da composição daquele com estes obtém-se uma equilibrada política criminal. In: PULIDO, C.B. *O direito dos direitos – escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, pp. 133-134.

⁵⁶STRECK, M.L.S. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre: 2009, pp. 101 e ss.

⁵⁷GRECO, L. “A Relação entre o direito penal (...), *Ob. Cit.*, pp. 169.

a atos administrativos (inclusive de caráter normativo genérico), por parte do direito penal, é legítima ao menos quando “nada mais faça do que concretizar o que é exatamente o risco permitido em determinado dispositivo”⁵⁸.

Segundo essa importante posição doutrinária, a técnica de reenvio da lei penal em branco finda por servir para fixar, a partir da lei, qual será o critério para determinação da ultrapassagem do risco permitido conducente à imputação de lesão ao bem jurídico. Como regra, as normas penais abrem mão de definir o critério; excepcionalmente, isto não sucede quando há reenvio ao ato administrativo. Essa contribuição dogmática da lei penal em branco acaba por ser virtuosa: afinal, usualmente a construção do parâmetro de risco permitido é uma tarefa que, em cada tipo penal, o intérprete tem que realizar por conta. É obrigado a compilar mentalmente todo um horizonte normativo, para localizar regras capazes de fundar a conclusão de que a conduta ultrapassa o patamar de risco permitido, colocando o bem jurídico penalmente tutelado sob perigo intolerável. Porém, na lei penal em branco, – e nas técnicas de falso reenvio, que são as remissões a atos administrativos concretos e os elementos normativos-jurídicos do tipo, vale dizer – essa tarefa é facilitada. Bastará ao intérprete, afinal, buscar a norma complementadora. Lá, estará fixado o patamar de risco tolerado. A busca nas leis penais em branco de complementação dinâmica exigirá pesquisa sempre menor do que a busca da norma de definição de risco permitido em meio ao emaranhado de regras componentes de todo o ordenamento jurídico. E, quando a lei penal em branco é de complementação estática, com alusão expressa à regra complementadora na estrutura do tipo, o trabalho do intérprete recebe a maior carga de facilitação.

Enfim, importa é construir os limites para guiar o uso da lei penal em branco e a solução jurisprudencial dos respectivos casos de emprego, em relação à constitucionalidade. Na Itália, a Corte Constitucional, pelo precedente 26 de 1966, assentou que a lei deve “indicar com suficiente especificação os pressupostos, as características, o conteúdo e os limites dos provimentos da autoridade não legislativa, a cuja transgressão deve seguir-se a pena”⁵⁹.

À guisa de limites: o primeiro consiste no fato de que o legislador não pode renunciar à definição de um “núcleo duro” do preceito primário. A tarefa é definir o que é este núcleo. Sendo é concedido somente ao povo se autolimitar, criando leis penais para controle social, a que submete parte de suas condutas, confinando seu campo de liberdade, faz parte deste núcleo o verbo típico: a expressão linguística da conduta – verbo – só o legislador pode definir⁶⁰. Jamais uma instância diversa do Poder Legislativo pode constituir o comportamento defeso. Portanto, seria inconstitucional deixar em branco os comportamentos incriminados, para que fossem definidos por fonte normativa diversa da lei ordinária.

Ainda: se o objeto material ou outro aspecto do preceito primário do tipo exige complementos técnicos, definir aquilo que precisa de tais complementos é problema do legislador. Uma vez definido o que depende de esclarecimentos técnicos, estes podem ser remetidos à autoridade detentora de conhecimento especializado sem qualquer inconstitucionalidade. Aquilo que depende de contornos técnicos pode ser, além do objeto material da conduta, outro aspecto, inclusive competências do sujeito ativo ou circunstâncias definitórias do sujeito passivo. De toda forma: quando

⁵⁸Sintetiza Greco ao final que “o princípio da legalidade seguramente não está violado nas normas penais cujas remissões ao direito administrativo se limitem a concretizar o que é o risco juridicamente desaprovado, vez que tal recurso ao direito administrativo teria de se fazer até mesmo no caso de normas sem remissão expressa. Ocorre que se a remissão é feita pela lei penal, está o próprio princípio da legalidade a impor que apenas o ato que viole a disposição de direito administrativo será considerado penalmente proibido”. *In*: GRECO, L. “A Relação entre o direito penal (...), *Ob. Cit.*, p. 170 e p. 193.

⁵⁹MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, CEDAM, Padova, 2009, pp. 46-47, disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0026s-66.html>, acesso em: 24 abr. 2023.

⁶⁰Igualmente: ALFLEN DA SILVA, P.R. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 140.

houver necessidade de dados técnicos por instância diversa do Poder Legislativo, será preciso que a lei defina o objeto sobre o qual recaem tais dados técnicos. Então, definir o verbo e o que exige complemento técnico é tarefa do Poder Legislativo, indelegável.

Quando forem requeridos da fonte complementadora critérios técnicos de definição dos sujeitos destinatários da norma – sobretudo, sujeitos ativos – estes devem previamente ser circunscritos pelo legislador. Pode fazê-lo, por exemplo, mediante a menção de que possuem deveres de ofício, de quais são tais deveres, através da indicação do nome da categoria profissional a que pertencem, etc.

Já a definição, pura e simples, do destinatário da lei penal em branco pela fonte sublegislativa complementadora, mostra-se vedada. É que a definição do destinatário da regra incriminadora integra a própria escolha político criminal acerca de quem punir, tarefa do legislador. Logo, é inconstitucional, como proclamou a Corte Constitucional italiana (precedente Corte Const. 282, 1990) em relação a uma lei que, regulamentando acerca da prevenção de incêndios, “reenviava a um decreto ministerial a individualização dos destinatários do preceito penalmente sancionado”⁶¹. A inconstitucionalidade derivou do fato de que os sujeitos obrigados pertencem ao “núcleo essencial” do tipo, não podendo ficar a mercê da “persistência do poder da administração de modificar o próprio ato [i.é, o decreto]”⁶², mudando a escolha política dos sujeitos ativos destinatários da norma penal.

Outro limite resulta das restrições acima expostas. Justamente porque o reenvio à fonte extralegal é restrito, já se vê que a delegação integral do preceito primário do tipo à instância material diversa do Poder Legislativo da União, para complemento da norma penal mediante fonte normativa que não constitui lei em sentido estrito, mostra-se necessariamente inconstitucional. É a denominada lei penal em branco de remissão integral. Admite-se somente a remissão parcial. É vedado transferir ao poder regulamentar “apreciações ou valorações de caráter político (...) na escolha autêntica da conduta punível, mas não se o privará totalmente de qualquer aporte, que se revela precioso, por exemplo, no aspecto técnico”⁶³, evidenciou Mario Romano.

Mediante a definição do verbo, do objeto que exige complemento técnico, da seleção de destinatários da norma, a lei penal em branco cumpre a orientação de MARINUCCI e DOLCINI, de que as escolhas político-criminais não podem ser objeto de remessa à instância diversa da legislativa, detentora da posição de fonte material da lei a que se reserva a matéria penal. Afirmam que uma “reserva de lei tendencialmente absoluta” é:

“(...) a única em posição de garantir o respeito do monopólio das escolhas político-criminais atribuídas pela Constituição ao legislador. A natureza puramente técnica da especificação confiada pela lei a outra fonte, e a presença na lei dos critérios técnicos aos quais deve ater-se a fonte subordinada, excluem de fato que a fonte sublegislativa concorra com a lei no cumprimento das escolhas político-criminais”^{64 65}.

Com o que, anunciam o segundo limite: a matéria remetida para instância complementadora deve ser eminentemente técnica. Assim, a necessidade de um complemento técnico autoriza o uso da lei penal em branco. E esta necessidade também pode ser estruturada a partir de critérios. Quando é preciso um complemento técnico para uma norma penal? Quando a verticalização de conhecimento é sofisticada; quando a área do conhecimento é pouco testada; quando

⁶¹PULITANÒ, D. *Diritto Penale (...) Ob. Cit.*, p. 108.

⁶²PULITANÒ, D. *Diritto Penale (...), Idem.*

⁶³ROMANO, M. *Repressione della Condotta Antisindacale - Profili Penali*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 171.

⁶⁴MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. *Corso di Diritto Penale (...) Ob. Cit.*, p. 104.

⁶⁵Aceitando a constitucionalidade das remissões de caráter técnico, *in*: FIANDACA, G. & MUSCO, E. *Diritto Penale - Parte Generale*, 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1995, p. 57.

o conhecimento é recente; quando, sobretudo, interessa uma atualização do conhecimento para adequada proteção do bem jurídico. Nesses casos, regras de direito administrativo socorrem a lei penal em branco.

Há de se tomar cuidado com o duplo reenvio, em que a regra administrativa, complementadora do branco, a seu turno, remete para outra. É que o distanciamento entre o tipo penal e o complemento mediante duplo reenvio não só reforça o tensionamento explorado nesse trabalho, como a cognição da matéria de proibição pelos cidadãos, produzindo dificuldade quanto à certeza necessária para que saibam o que podem ou não fazer, e o que ocorre se fizerem o que não podem. Mais: há normas administrativas que deixam em aberto a definição de aspectos técnicos, meramente aludindo ao estado da arte de determinado campo da vida. O estado da arte, nesses casos, sequer é definido por agências públicas, mas pela comunidade científica, prevalentemente integrada por pesquisadores vinculados a empresas que exploram economicamente o sistema de conhecimentos peritos. Silva assinala que, em tais situações, “o máximo que pode fazer o direito administrativo é regular a autorregulação, isto é, fixar os procedimentos através dos quais se estabelece o “estado da técnica” e o modo pelo qual deve se expressar”⁶⁶. Esse esforço é notadamente necessário quando se trata de regra administrativa que será empregada para fechamento de lei penal em branco.

Um terceiro limite: a instância que recebe a missão de completar a lei penal em branco deve ter atribuição *in genere* de expedir regulação extrapenal sobre a mesma matéria, ou controlá-la (gerenciá-la) administrativamente. Enfim, deve estar conectada de antemão com a área da vida sobre a qual irá, em parte, emitir preceitos normativos integradores de tipos penais. Aqui, é interessante a lição de Carlo Ruga Riva, no sentido de que o complemento da lei penal em branco por poderes legislativos estaduais ou municipais também representa vontade popular, já que atuam em seus âmbitos de competência, a partir de mandatos eletivos. Comentando lei penal em branco que pune inobservância de regulamentos de edificação e instrumentos urbanísticos (como plano diretor), isto é, completadas por direito administrativo municipal, afirma tratarem-se:

“(...)de integrações operadas por um órgão democrático e representativo também das minorias (a Câmara Municipal), o qual, entre pilares fixados pela lei urbanística (...) e por vínculos paisagísticos ambientais (...), e em parte por fontes estaduais, emana regras (...) como resultado de procedimentos públicos, abertos ao diálogo com os cidadãos (...) transparente e mais facilmente acessível ao público em comparação à grande parte das normas federais. Definitivamente o reenvio operado pela norma penal estatal às fontes municipais em exame não só é o único realisticamente praticável, mas é também totalmente em linha com o sentido garantista do princípio da legalidade, voltado a contrastar os possíveis abusos do poder executivo através da participação popular aos processos decisórios por meio (também) dos representantes das minorias. Mais, o penalista, por cultura particularmente sensível ao princípio da legalidade, parece subestimar o risco oposto ínsito na intransigente oposição à integração dos preceitos penais por obra de fontes locais (regionais e municipais): que o legislador federal, através do emprego do direito penal, atraia para si matérias ou perfis de matérias de competência legislativa (ou administrativa) dos entes locais, invadindo os espaços reconhecidos a eles(...)”⁶⁷.

⁶⁶SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, BDF, Buenos Aires, 2013, p. 22.

⁶⁷Carlo Ruga Riva optou traduzir as referências a “norme statali” como normas federais, “regionale” por estaduais (embora não o sejam no direito administrativo italiano) e “comunali” por municipais. Também traduz-se o “Consiglio Comunale” como Câmaras municipais. A ideia é ajustar o comentário ao modelo federativo brasileiro. *In*: RIVA, C.R. *Diritto Penale dell’Ambiente*, Giappichelli Editore, 2011, pp. 39-40.

Tais comentários conduzem a outro raciocínio: matérias atribuídas a leis estaduais ou municipais, quando completam leis em branco, não possuem conteúdo técnico-científico. Isso acontece pelas mesmas razões que não permitem ao legislador federal normatizar a respeito: a ausência do próprio domínio sobre o conhecimento técnico-instrumental, exigente de especialistas e peritos. Porém, a necessidade da remessa à fonte diversa da lei federal não deixa de ser técnica, num sentido distinto daquele associado ao avanço das ciências duras e do estágio de evolução tecnológico de objetos. São aspectos associados à economia, geografia, geopolítica, etc. Constituem, também, campos de excelência técnica: atendem a peculiaridades geográficas, econômicas, demográficas, desenvolvimentistas, sociais, culturais, etc., que demandam ajustes correlatos, principalmente em um país de dimensões continentais como o Brasil. Daí a pertinência do complemento de determinadas leis penais em branco ambientais, por exemplo, por normativa estadual ou municipal, como o art. 54, parágrafo 2º, inciso V, Lei 9.605/98 ou o art. 60⁶⁸, no ponto em que remete a regulamentos extrapenais (em tal tipo, há tanto remissão a normas extrapenais, dando-se lei penal em branco – 2ª parte –, como remissão a ato administrativo concreto – 1ª parte).

Por fim: é usual argumentar-se, contra o complemento da lei penal em branco por regras estaduais ou municipais, numa outra dimensão, também ligada ao controle da constitucionalidade. Trata-se da ideia de que os complementos efetuados por entes diversos do Poder Legislativo da União produz desigualdade na aplicação do direito penal, ferindo o princípio constitucional da isonomia de tratamento⁶⁹. Todavia, as situações desiguais são justamente a razão de distribuir-se, em dados campos da vida, a competência para entes descentralizados. Através dessa distribuição, a isonomia se cumpre, em vez de ser violada. É clássico compreender o princípio da igualdade, afinal, como tratamento desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades (retórica usual no direito tributário, mas com eco em qualquer situação de manejo do princípio em questão). Se um bioma sofre perigos numa região do país, inexistentes em outra, reclamando proteção penal na primeira, através de complementação por normativas locais, e demarcando até mesmo ausência de lesão ao bem jurídico – já em abstrato – na segunda, inclusive pela ausência de normativas locais, temos uma moldura em que o princípio da isonomia se realiza. Seria desigual punir-se dois sujeitos ativos quando um produz evento lesivo e outro não! Corretas as linhas de Tarcício Maciel Chaves de Mendonça a respeito:

“A consideração das leis estaduais e municipais como normas de complementação de leis penais em branco (...) propicia a implementação do princípio da isonomia. Não seria isonômico estabelecer, no art. 42 do decreto-lei 3.688/41 um limite de ruído a ser observado em todo o território nacional. Isso desprezaria por completo diversidades regionais e locais importantes, comprometendo o princípio constitucional da isonomia”⁷⁰.

Destaque-se que a possibilidade de utilização das leis penais em branco para dar conta de situações que reclamam diversos complementos, por força de desigualdades regionais, já foi objeto de discussão na Itália. A já invocada decisão 26/66 da Corte Constitucional italiana sinalizou positivamente quanto à constitucionalidade de lei penal em branco contida na Lei Florestal R.D. 3267 de 1923, que previa complemento legislativo expedido por Comitês Florestais Regionais (normas de polícia tangentes a sua competência), cuja transgressão poderia ser penalmente punida. A Corte considerou que:

⁶⁸BRASIL. *Lei nº 9.605 de 1998*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

⁶⁹SANTANA VEGA, D.M. *El concepto de ley penal (...)* Ob. Cit., pp. 78-79 e 82.

⁷⁰MENDONÇA, T.M.C.D. *Leis penais em branco*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 56.

“(...) a função do vínculo [entre norma complementada e complementadora] para fins hidrogeológicos” foi “indicada no art. 1º da Lei Florestal, na prevenção do perigo de que os terrenos” pudessem “com dano público, sofrer desmatamentos, perder a estabilidade ou turbar o regime das águas (...) voltado a tal resultado, o art. 8º dispõe que a ‘prescrição de máximas’ – as quais – ao evidente escopo de assegurar a aderência às diferentes situações climáticas, geológicas, culturais, ambientais, sociais – devem ser emanadas pelas Câmaras de Comércio [a que pertenciam os Comitês Florestais] província por província (...)”⁷¹.

No Brasil, em recente decisão fixada em sede de repercussão geral – Tema 1246 - o C. Supremo Tribunal Federal⁷² também validou o complemento de lei penal em branco derivado de normas administrativas editadas fora da esfera do Poder Legislativo da União. A situação concreta disse respeito à regra do art. 268, Código Penal⁷³, cujo preceito primário ora se transcreve: “Art. 268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. O título do Tema 1246 foi definido assim pelo C. STF: “Constitucionalidade de complementação de norma penal em branco por ato normativo estadual ou municipal, para aplicação do tipo de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal).” A descrição da questão constitucional, posta sob regime de repercussão geral, a que se pretendia responder através da prestação jurisdicional do Plenário da Corte, era a seguinte:

“Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal, se o descumprimento de determinação dos poderes públicos Estaduais, Municipais e Distrital, no contexto de combate à propagação do vírus SARS-CoV-2, causador da Covid-19, se mostra apto a enquadrar-se, abstratamente, na violação da norma penal de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal), ante a competência privativa da União para legislar sobre direito penal”.

Desde logo, uma observação: o tipo penal do art. 268, CP, constitui lei penal em branco? Depende da determinação do poder público. Se ela consiste em norma administrativo-sanitária, com efeitos oponíveis *erga omnes*, com pretensão regulamentar ou legislativa voltada a operar em abstrato, o art. 268 reenvia a ela. Assim, a conduta humana se encaixa no art. 268 e este, a seu turno, reenvia aos regulamentos e leis constituintes da determinação do poder público, violentados no caso concreto. Nesse caso, a técnica de reenvio é efetivamente típica de leis penais em branco. Então, o art. 268 CP funciona como exemplo da espécie.

Diversamente, se a “determinação do poder público”, de que fala o tipo penal, dá-se através de uma ordem diretamente direcionada a pessoa concreta, ou grupo de pessoas concretas, a partir de normativa pretérita, a exemplo da determinação de fechamento de um estabelecimento comercial que, durante a pandemia, v.g., a) não atendia à ordem de restringir o número de frequentadores, b) de afastar mesas a uma distância mínima (caso de restaurantes), c) de manter ventilação externa, d) de controlar entrada e saída de consumidores para que estivessem com máscaras e higienizassem mãos antes do ingresso, dentre outras, o

⁷¹Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0026s-66.html>. Acessado em 24.04.2023, note-se que o art. 1º da Lei definiu os contornos da matéria remetida à fonte sublegislativa regional, “fechando” a norma o quanto possível. A mesma lei concedia às Câmaras de Comércio definir através de “normas de polícia” sanções penais. Pontualmente, tratava-se de lei penal em branco *ao revés* prevista na Lei Florestal, que foi considerada inconstitucional pelo antedito precedente. E – de fato – remeter a *fixação da sanção* à fonte normativa diversa de lei afronta claramente o conteúdo formal do princípio da reserva legal, sendo “inadmissível”, segundo: CURY, E. *La Ley Penal (...)* Ob. Cit., p. 43.

⁷²STF. Tema 1246, *idem*.

⁷³BRASIL. Código Penal, *idem*.

reenvio não se dá para outras normas. Trata-se, sim, de reenvio a atos concretos da administração pública. Nesses casos, o preceito primário do tipo está fechado. O crime é desatender o ato administrativo de efeitos concretos emanado da autoridade pública, em espécie de desobediência voltada à tutela da saúde pública. Isso não é lei penal em branco.

Na suma, o art. 268 pode ser exemplo de lei penal em branco ou de reenvio a ato concreto da administração pública, a depender de qual é a “determinação do poder público” para a qual o dispositivo reenvia.

Feita essa nota, retorna-se ao tratamento da matéria pelo STF. Na hipótese, a discussão se travava nos seguintes termos: normas penais incriminadoras exigem definição em lei ordinária, emanada do Poder Legislativo da União, na forma dos arts. 5º, XXXIX (princípio da reserva legal) e 22, I, combinados, ambos da CF⁷⁴. Então, como uma parte do preceito primário do tipo, consistente na especificação de uma concreta “determinação do poder público”, de caráter normativo e dirigida ao público em geral, poderia ser estabelecida por atos legislativos das Assembleias Legislativas dos Estados ou Câmaras Municipais, que não detêm poder para legislar em matéria criminal?

Na origem, a Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul manteve decisão em processo no qual o Juizado Especial Criminal arquivara os autos, não obstante a denúncia do Ministério Público pela infração de medida sanitária contida no Decreto Estadual 20534/2020. Negando provimento à apelação, a Turma Recursal assentou o seguinte:

“APELAÇÃO. ARTIGO 268 DO CÓDIGO PENAL. INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA. NORMA PENAL EM BRANCO. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO OU COMPLEMENTAÇÃO. ATIPICIDADE. DECISÃO DE ARQUIVAMENTO MANTIDA. Descumprimento de medidas sanitárias e distanciamento social durante a pandemia de COVID-19. Assente perante esta Turma Recursal Criminal o entendimento acerca da inexistência de norma reguladora ao art. 268 do CP, considerado norma penal em branco. Precedente: INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA. ART. 268 DO CP. NORMA PENAL EM BRANCO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL (ART. 22, I, CF). COMPLEMENTAÇÃO PELOS DEMAIS ENTES FEDERATIVOS COM REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. O art. 268 do CP é norma penal em branco, que necessita de complementação para sua exata delimitação e produção de efeitos jurídicos. Na esfera criminal essa complementação é de competência exclusiva da União, não competindo a Estados e Municípios complementar ato normativo próprio do poder federal que implique em reflexos na legislação penal. Ademais, o Decreto Estadual nº 20.534/2020 RS, no qual se embasa o órgão acusador para oferecer a denúncia, já contém as penalidades administrativas passíveis de imposição no caso em exame, quais sejam, multa, interdição da atividade e cassação do alvará de funcionamento, mais adequadas, proporcionais e ágeis, inclusive, que a rigidez de uma resposta penal que deve ser sempre tida como *ultima ratio*. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 71010280196, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em: 21-02-2022). RECURSO DESPROVIDO”.

Com base no art. 102, III, a, CF⁷⁵, bem como Súmula 640, STF, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário para a discussão – pela via do controle difuso – da constitucionalidade do art. 268, CP, quando complementado por normativa do Poder Executivo Estadual. Não sendo admitido na origem, subiu ao C. STF mediante agravo em recurso extraordinário.

⁷⁴BRASIL. *Constituição, idem.*

⁷⁵BRASIL. *Constituição, idem.*

Obteve êxito, após ser admitida sua repercussão geral. A decisão foi ementada nos seguintes termos:

“DIREITO PENAL. CRIME DE INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA (CP, ART. 268). NORMA PENAL EM BRANCO. COMPLEMENTAÇÃO POR ATO NORMATIVO ESTADUAL OU MUNICIPAL. ARTIGO 22, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. POTENCIAL MULTIPLICADOR DA CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA COM REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte a competência para proteção da saúde, seja no plano administrativo, seja no plano legislativo, é compartilhada entre a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, inclusive para impor medidas restritivas destinadas a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa.

2. A infração a determinações sanitárias do Estado, ainda que emanada de atos normativos estaduais, distrital ou municipais, permite seja realizada a subsunção do fato ao crime tipificado no artigo 268 do Código Penal, afastadas as alegações genéricas de inconstitucionalidade de referidas normas por violação da competência privativa da União.

3. Agravo em recurso extraordinário conhecido. Apelo extremo provido.

4. Fixada a seguinte tese: O art. 268 do Código Penal veicula norma penal em branco que pode ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação, sem que isso implique ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).

(ARE 1418846, Tribunal Pleno, Relatora Min. Presidente Rosa Weber, julg. 24/03/23, publ. 03/04/23)”.

Como se vê, o C. STF fez eco à ideia de que, antes de violar a competência privativa da União para legislar em matéria criminal, a complementação de leis penais em branco por atos normativos das outras pessoas de direito público da administração direta (Estados, Distrito Federal e Municípios) realiza o programa constitucional que define competências normativas e atribuições executivas no âmbito da Saúde Pública. Nesse sentido, a seguinte passagem dos fundamentos do voto condutor:

“(...) atenta às competências comuns e concorrentes dos demais entes federados para adoção de medidas na contenção à disseminação do coronavírus, esta Suprema Corte, na sessão plenária de 13.10.2020, ao julgamento da ADPF 672-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, decidiu, por unanimidade: “confirmar a medida cautelar e, no mérito, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assegurar a efetiva observância dos arts. 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/2020 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário (...)”.

De fato, o art. 23, II, CF⁷⁶, disciplina ser de competência comum dos entes da federação cuidar da saúde e assistência pública. De modo consequente, cabe concorrentemente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios legislar sobre “previdência social, proteção e defesa da saúde”. Afinal, sem atribuições normativas, na forma do art. 24, seria difícil para os demais entes da federação, afora União, cuidar da saúde. Trata-se de um programa constitucional de competências legiferantes e executivas bem amarrado, voltado à tutela da saúde pública. E a saúde pública constitui, exatamente, o bem jurídico-penal tutelado pelo art. 268, CP.

Durante a pandemia de Covid-19, o art. 268 CP foi largamente utilizado como mecanismo penal destinado a dar efetividade às políticas públicas de combate à circulação do vírus, mediante restrições de liberdade de locomoção e livre-iniciativa, com o fechamento ou limitação de funcionamento de atividades privadas, obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção, etc. Evidentemente, as realidades distintas dos entes federados implicaram em regramentos locais, atentos ao modo como a circulação do vírus impactava o cotidiano da população local. A incidência do tipo penal, complementado por regras estaduais e locais, serviu como mecanismo importante de tutela penal da saúde pública. Perderia a consistência, acaso os complementos fossem exclusivamente federais, por muitos fatores: lentidão nas situações locais de emergência, tratamento uniforme para realidades sanitárias distintas e hábitos culturais diversos, ausência de harmonização com o estado das estruturas de pessoal e equipamentos dos serviços de saúde em cada local, a título de exemplo. Descumprir-se-ia a moldura dada à saúde pública, enquanto bem jurídico, pela própria Constituição Federal.

Como última consideração, assinale-se que o reconhecimento da repercussão geral e a decisão plenária correlata adotada pelo C. STF determinaram, nos processos penais, pela via do art. 3º, CPP⁷⁷, as consequências previstas no art. 1.030, I, a, CPC⁷⁸. Significa que se tornou inviável a rediscussão do tema em recursos extraordinários, porquanto a respectiva admissão passa a ser obstada em juízo de prelibação, na Corte de origem, Estadual (Tribunais de Justiça) ou Federal (Tribunais Regionais Federais). A constitucionalidade da complementação do branco por regras expedidas por entes diversos do Poder Legislativo da União, na hipótese, cristalizou-se, dentro do sistema de precedentes adotado no Brasil para harmonizar, uniformizar e dar integridade ao quadro geral de decisões jurisdicionais. O C. STF já havia assinalado nesse sentido em decisões anteriores, como A hipótese está restrita ao art. 268, CP. Porém, o perfil decisório se estende para muitos casos similares, como nos universos do direito penal ambiental e econômico.

4. CONCLUSÃO

Em resumo, três requisitos cumulativos validam constitucionalmente a criação, pelo Poder Legislativo, de uma lei penal em branco, com complementação por fonte normativa diversa da lei ordinária, em regra derivada de fonte material com poderes regulamentares, pertencente ao Poder Executivo ou a agências públicas autônomas, dotadas de poderes gerenciais atinentes a determinados campos da vida social e/ou econômica. É preciso que o texto da lei penal em branco, no preceito primário do tipo:

a) estabeleça o “núcleo duro” da lei, fixando o(s) verbo(s) que designam a conduta humana incriminada, definindo o objeto material, os destinatários da lei, e esclarecendo exatamente aquilo que necessita de complemento. Com esse procedimento, o Poder Legislativo realiza a incumbência de definir, privativamente,

⁷⁶BRASIL. *Constituição*, *idem*.

⁷⁷BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

⁷⁸BRASIL. *Código de Processo Civil*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

a escolha político-criminal daquilo que é penalmente punível, na forma do art. 22, I, CF. É vedado o reenvio integral do preceito primário ou o reenvio da pena, no preceito secundário, através da lei penal em branco ao revés, pois esses procedimentos transfeririam a incumbência, constitucionalmente conferida ao poder legislativo, de dispor sobre a matéria de proibição, no campo do direito penal.

b) deixe em branco, remetendo à complementação, apenas aspectos técnicos, de caráter científico, que reclamam conhecimentos peritos de alta especialização. Estes conhecimentos devem se mostrar imprescindíveis para ajuste do tipo penal, de modo a produzir, em perspectiva, uma eficaz proteção do bem jurídico. O órgão encarregado de expedir a norma complementadora há de ser composto exatamente dos técnicos e peritos que, através de regulamentos, terão voz na constituição da estrutura do tipo.

c) Alternativamente à possibilidade acima referida, necessidades de ajustes do preceito primário do tipo ligadas a aspectos de traço regional ou local, derivados de especificidades geográficas, sócio-culturais, econômicas, ambientais, sanitárias, etc., também permitem o reenvio a atos regulamentares e legislativos expedidos pelas pessoas jurídicas de direito público com atribuição legiferante nessas áreas temáticas. Assim, pessoas jurídicas de direito público da administração direta, estaduais e municipais, podem complementar leis penais em branco, desde que:

c.1) possuam atribuição constitucional para reger normativamente os campos temáticos de que trata o tipo penal (competência legislativa);

c.2) seja necessário conceder voz a estes entes por força de diversidades regionais e locais que impliquem em sensíveis alterações no tratamento da matéria. Exemplo disso é o modo distinto de como uma doença contagiosa impacta as várias regiões de um país. O art. 268, CP, que pune a infração de determinação sanitária do poder público, pode ser complementado, justificadamente, por regras estaduais e municipais, em vez de exclusivas regras federais. Constituem iniciativas regionais e locais para controle sanitário de propagação de doença contagiosa, diversas entre si pelo estágio distinto do comprometimento da saúde pública, conforme decidiu o C. STF, a partir da experiência brasileira durante a pandemia de Covid-19.

O precedente lançado no STF/ARE 1.418.846, já detalhado, corretamente valida esse entendimento, mediante síntese colhida do voto condutor: "(...) a complementação de que necessita a norma penal em branco não se reveste (...) de natureza criminal, mas sim, via de regra, de caráter administrativo e técnico-científico, a justificar seja o ato normativo suplementador editado por ente federado que possua competência administrativa para tanto".

Com tais limites, a reserva constitucional à lei como fonte formal da norma incriminadora não sofre menoscabo.

5. REFERÊNCIAS

- ALFLEN DA SILVA, P.R. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.
- ANVISA. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br>, acesso em: 27 abr. 2023.
- ANATEL. *Agência Nacional de Telecomunicações*, disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br>, acesso em: 27 abr. 2023.
- ANAC. *Agência Nacional de Aviação*, disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br>, acesso em: 27 abr. 2023.
- BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Revan, Rio de Janeiro, 1990.
- BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal - Parte geral*, Vol. 1, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007.
- BRASIL, *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

- _____. *Lei nº 10.826 de 2003*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Código Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Lei nº 9.605 de 1998*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Lei nº 11.076 de 2004*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11076.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Lei nº 11.343 de 2006*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Portaria nº 344 de 1998*, disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Lei nº 99.274 de 1990*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Lei nº 9.605 de 1998*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Código de Processo Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- _____. *Código de Processo Civil*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
- BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997.
- CURY, E. *La ley penal en blanco*, Editorial Temis, Bogotá, 1988.
- DOTTI, R.A. *Curso de Direito Penal - parte geral*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2020.
- FIANDACA, G. & MUSCO, E. *Diritto Penale - Parte Generale*, 3ª ed, Zanichelli, Bologna, 1995.
- FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*, 16º ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*, UNESP, São Paulo, 1991.
- GOMES, L.F. & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Direito Penal - Parte geral*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- GRECO, L. "A Relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 58, Revista dos Tribunais, São Paulo, jan/2006.
- GRECO, R. *Curso de Direito Penal*, 12ª ed., Impetus, Rio de Janeiro, 2010.
- GUARAGNI, F.A. "A função do direito penal e os 'sistemas peritos'". In: GUARAGNI, F.A & CÂMARA, L.A. (Org.), *Crimes contra a ordem econômica - temas atuais de processo e direito penal*, Juruá, Curitiba, 2010.
- LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*, Vozes, Petrópolis, 1994.
- MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, CEDAM, Padova, 2009.
- MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. *Corso di Diritto Penale*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001.
- MPF. *Projeto de Lei nº 4.850 de 2016*, disponível em: <https://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2060-PL-4850.pdf>, acesso em: 27 abr. 2023.

- ORTEGA Y GASSET, J. *La Rebelión de las Masas*, 2ª ed., Andres Bello, Santiago, 1996.
- MENDONÇA, T.M.C.D. *Leis penais em branco*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.
- PRADO, L.R. *Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, Vol.1, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- PIERANGELI, J.H. *Escritos jurídicos penais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- PULIDO, C.B. *O direito dos direitos - escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*, Marcial Pons, São Paulo, 2013.
- NIETO MARTÍN, A. "Introducción", in: *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PULITANÒ, D. *Diritto Penale*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2011.
- ROMANO, M. *Repressione della Condotta Antisindacale - Profili Penali*, Giuffrè, Milano, 1974.
- RIVA, C.R. *Diritto Penale dell' Ambiente*, Giappichelli Editore, Torino, 2011.
- SANTANA VEGA, D.M. *El concepto de ley penal en blanco*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, BDF, Buenos Aires, 2013.
- STRECK, M.L.S. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2009.
- STF. *Ag.Reg. nº Rext 1.119.015/MG*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 27 abr. 2023.
- VALLEJO, M.J. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.
- WELZEL, H. *El nuevo sistema del derecho penal*, (Trad. José Cerezo Mir), BdeF, Buenos Aires, 2004.
- ZAFFARONI, E.R. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981.
- _____; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Derecho Penal - Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.