ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO HETEROGÊNEAS

UNCONSTITUTIONALITY OF THE HETEROGENEOUS BLANK CRIMINAL NORM

Ariadny Mayara Chaves Medeiros*
George de Castro Morais**

RESUMO: Entendendo o ordenamento jurídico brasileiro como um instituto verticalmente estruturado, o presente trabalho propõe analisar a concordância das normas penais em branco heterogêneas com o predisposto na Lei Maior, tentando evidenciar as suas principais características, assim como as discordâncias existentes, além, é claro, do que se é possível fazer para que tais discrepâncias deixem de existir, buscando sempre a concreção de um Estado Democrático de Direito, em que a justiça é alvo maior.
Palavras-chave: Norma penal em branco heterogênea. Inconstitucionalidade. Processo Legislativo. Segurança Jurídica. Democracia. Ordenamento Jurídico Harmônico.

ABSTRACT: By the notion that the Brazilian legal system is a vertically structuralized institute, the article considers to analyze the agreement of the heterogeneous blank criminal norm with the constitutional precept, in order to explain its main characteristics such as the existing discords beyond explaining what's possible to do so that such discrepancies are nullified, always following the construction of the Democratic State of Law, where justice is the main target.
Keywords: Heterogeneous Blank Criminal Norm. Unconstitutionality. Legislative Process. Legal Security. Democracy. Harmonic Legal System.

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio, hierarquicamente dividido, traz em seu topo como Lei Maior, tal qual doutrinara Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, a Constituição Federal da República, fonte e orientação dos outros aglomerados jurídicos que regulam, orientam e disciplinam as múltiplas relações humanas.

Todas as normas infraconstitucionais – lei complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções - necessariamente devem se adequar ao texto constitucional sob pena de afetarem a harmonia do ordenamento jurídico, causando transtornos irreparáveis ao cidadão. Assim, para evitar tal incômodo, a Constituição de 1988 confere poderes exclusivos à União para deles dispor, descrevendo de forma explícita o modo de elaboração dos citados atos normativos.

Por certo que, como todas as normas infraconstitucionais, as penais também devem à Constituição se submeter. Contudo isso nem sempre acontece, por isso que o presente trabalho propõe discutir acerca da constitucionalidade de um dos tipos de norma penal: as normas penais em branco heterogêneas, buscando evidenciar como sua elaboração e aplicação podem gerar desconfortos à ordem social constitucionalmente estabelecida.

2 DA NORMA PENAL

É sabido que, de todas as normas reguladoras das ações humanas, compete às penais proteger e resguardar os bens mais caros ao convívio social: a vida, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, etc., ou seja, cabe ao Direito Penal intervir o mínimo possível nas relações sociais, em decorrência de seu caráter de *ultima ratio*, tendo em vista que a sua interferência só se faz necessária à tutela de um bem quando os demais ramos do direito não conseguem fazê-la, sendo o instituto que apresenta as mais severas punições.

Neste quadrante, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5°, inciso XXXIX, prescreve que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Graças a sua importância, a disci-

plina penal só poderá ser exercida quando previamente já se tenha discutida e verificada a sua real necessidade. É o que em tese preceitua o conhecido Princípio da Legalidade, o qual se fortalece no período iluminista, trazendo em seu bojo a defesa de igualdade. A partir de sua propagação, o Estado já não mais poderia agir de forma arbitrária, punindo os seus súditos sem uma prévia normatização legal.

Tal princípio busca a efetivação de um Estado garantista, pois é através de sua concreção que o indivíduo, respeitando o que lhe é imposto legalmente, poderá atuar no ser social de forma livre, tendo a certeza que só será punido diante de um fato, se ele for *previamente* considerado típico, antijurídico e culpável.

Atente-se ainda que, além desses princípios, muitos outros fundamentam e orientam a elaboração e a aplicação da norma penal, estruturando-a e oferecendo-lhe meios de barrar ações humanas que violem o bem-estar social, o que se faz no intuito de proporcionar estabilidade à estrutura de uma sociedade democraticamente construída ao longo do tempo. É através da imposição de normas sancionadoras a determinadas condutas que o Estado consegue resguardar certos valores essenciais para a garantia de uma sociedade que visa à justiça e ao equilíbrio nas relações sociais. Poderíamos afirmar, então, que a norma penal se constitui em um *desvalor*, já que através dela é possível repreender a conduta que não se coaduna com os valores, entre outros, éticos e morais da sociedade.

Ademais, é importante observar ainda que doutrinariamente as normas penais encontram-se divididas em normas penais incriminadoras, as quais ou impõem determinada sanção, ou proíbem uma conduta socialmente repugnada; e não incriminadoras, que são as que nem descrevem crime nem cominam pena[1], estando subdivididas em três subtipos: permissivas, explicativas e complementares. Assim como em normas penais em branco, que são, em síntese, as que possuem o preceito primário incompleto; e normas penais imperfeitas, as que possuem o preceito secundário incompleto, ficando a complementação a cargo de uma norma complementar. Serão as normas penais em branco que alcançarão especial abordagem no presente estudo.

1 CAPEZ, Fernando**. Curso de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29. v.1.

3 DA NORMA PENAL EM BRANCO

Sabe-se que a norma penal possui dois elementos estruturais essenciais, quais sejam, o preceito primário e o preceito secundário. O primeiro, em regra, seria aquele em que se descreve qual conduta deve ser proibida ou imposta, por isso, trata-se essencialmente de seu conteúdo, do que a caracteriza como norma penal; já o segundo é exatamente o que estabelece a sanção à violação ao conteúdo do preceito primário.

Como supracitado, o nosso estudo se encaminha para análise das normas penais em branco, que são as que o preceito primário encontra-se incompleto propositalmente, não sendo possível aplicá-las sem antes utilizar-se de outra norma hierarquicamente igual ou inferior que a complemente.

Doutrinariamente, as normas penais em branco estão classificadas em três tipos: extensivas, restritivas e intermediárias. Em síntese, as extensivas são aquelas que por si só não conseguiriam expressar de maneira completa o sentido do tipo penal, necessitando sempre serem complementadas; restritivas, as que na sua complementação remetem o aplicador à legislação inferior; e intermediárias seriam as que o complemento se encontra fora do tipo.

No que concerne ao seu processo histórico, o ilustre professor Damásio de Jesus observa que:

> Foi Binding quem pela primeira vez usou a expressão "lei em branco" para batizar aquelas leis penais que contêm a *sanctio juris* determinada, porém o preceito a que se liga essa conseqüência jurídica do crime não é formulado senão como proibição genérica, devendo ser completado por outra lei (em sentido amplo). Na Alemanha, recorda PEDROSA MACHADO, esse conceito foi empregado para permitir ao Código Penal do *Reich* deixar "a determinação da hipótese de fato nas mãos dos Estados federados (*Länder*) ou dos municípios". De modo que, *historicamente*, a norma penal em branco caracteriza-se pela circunstância da delegação ou autorização de uma instância legislativa superior para que um órgão inferior a complete. Daí a qualificação *em branco*, dando a entender que o órgão superior outorga *carta branca* ao inferior no sentido de completar o tipo incriminador. Esse fundamento histórico, porém, não se mostra suficiente para impedir que se reconheça

como norma penal em branco a que remete a outra lei ou disposição da mesma fonte legislativa. [2]

Destarte, não fugindo do tradicionalismo histórico do Direito Penal, nosso ordenamento jurídico também se utiliza das normas penais em branco, estando elas divididas em normas penais em brancos em sentido lato, homovitelíneas ou homogêneas e normas penais em sentido estrito, heterovitelíneas ou heterogêneas.

3.1 AS NORMAS PENAIS EM BRANCO EM SENTIDO LATO

As normas penais em sentido lato ou homogêneas são as que a complementação normativa se dá por um Instituto jurídico hierarquicamente igual ao da norma de conteúdo incompleto.

Estudando as normas penais em branco homogêneas verifica-se que a sua aplicação é aceitável, uma vez que, embora deleguem a outras normas a sua complementação, seguem elas os requisitos formais do processo legislativo ao serem complementadas por normas hierarquicamente iguais, que também se submeteram à análise legislativa. Elas alcançam condições de se efetivarem como normas resguardadoras de direitos, pois não violam preceitos formais, nem materiais exigidos na elaboração da norma penal.

O mesmo já não ocorre com as normas penais em branco heterogêneas.

3.2 AS NORMAS PENAIS EM BRANCO EM SENTIDO ESTRITO

As normas penais em branco em sentido estrito, mais conhecidas como heterogêneas, são as complementadas por normas hierarquicamente inferiores, como portarias, regimentos e resoluções, ou seja, quando elaboradas, o legislador não confere todo o sentido à norma, deixando parte de seu conteúdo incompleto, o qual será complementado por norma infralegal legislativamente delegada a órgãos da administração pública.

Deterá as normas penais em branco heterogêneas a nossa atenção

2 JESUS, Damásio E. de. Normas penais em branco, tipos abertos e elementos normativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2286. Acesso em: 21 ago. 2007.

exatamente em decorrência desta sua especificidade de delegar à legislação *inferior* o poder de complementá-las.

Sabemos que para a aprovação de uma lei é necessário um processo cauteloso de análise e discussão, uma vez que as normas aprovadas terão o poder de direcionar as ações humanas: protegendo, proibindo e impondo determinadas condutas. Por isso, quando os legisladores, indivíduos constitucionalmente escolhidos, delegam a outras pessoas, de maneira indireta, o poder somente a eles concedido, acabam por violar preceitos constitucionais básicos de um Estado Republicano, calcado na premissa democrática.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO HETEROGÊNEAS

Seguindo os pensamentos de Hans Kelsen, em que o ordenamento jurídico se constitui em um todo harmônico, hierarquicamente dividido, tendo como norma maior a Constituição do Estado, nosso ordenamento jurídico atribui à Constituição Federal o caráter de norma fundamental, posicionando-a em patamar superior a todas as outras normas. Assim, todos os mandamentos legislativos inferiores devem estar em concordância com seu conteúdo, sob pena de serem consideradas inválidas: é a conhecida verticalização do ordenamento jurídico.

Se a norma infraconstitucional não segue os requisitos formais e materiais predispostos na Lei Maior não é cabível de aprovação e eficácia no meio social. Não deverá legalmente possuir validade na regulamentação das relações humanas. Ora, veremos adiante que é exatamente tal contratempo que acomete a norma penal em branco heterogênea.

Preliminarmente, observemos que boa parte da doutrina entende que as normas penais em branco heterogêneas não infringem a Magna Carta, uma vez que a tipificação penal normativa já se encontra emoldurada, necessitando *apenas* de uma complementação para que possa passar a ser aplicada ao caso concreto. Em síntese, é o que observa o douto Fernando Capez:

> [...] não há ofensa à reserva legal, pois a estrutura básica do tipo está prevista em lei. A determinação do conteúdo, em muitos casos, é feita pela doutrina e pela jurisprudência, não

> havendo maiores problemas em deixar que a sua complementação seja feita por ato infralegal. [3]

Ver-se que estes ilustres doutrinadores relegam à norma complementadora um caráter não muito relevante, passando, às vezes, a ideia de que tal norma seria dispensável. Mesmo sendo este o pensamento majoritário, entendemos que há sim inconstitucionalidade na norma penal em branco em sentido estrito e que se dá basicamente em dois sentidos: por violar o preceito constitucional do processo legislativo e pela insegurança jurídica que acomete no ser social.

4.1 DA VIOLAÇÃO AO PROCESSO LEGISLATIVO

A Constituição pátria calca-se no republicanismo democrático e acompanha as constituições contemporâneas, estabelecendo a tripartição do poder do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário, baseada na magnífica obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*. Cada poder, que deverá manter uma relação harmônica e independente entre si, terá função que outro não deverá, em regra, exercer, uma vez que a cada um deles são atribuídas determinadas competências típicas do exercício de sua atividade. Desta forma, cada poder só deverá exercer a parte da soberania estatal que lhe foi confiada, sob pena de o seu descumprimento causar uma quebra na estrutura em que está inserido. Daí decorre o fato de que somente cabe ao Poder Legislativo, representativamente, discutir e aprovar as leis que regem o nosso país. Têm em suas mãos como representantes populares a soberania popular, e dela somente podem se utilizar para atender à vontade social. Lembremos que a nomeação se dá de forma direta, cada cidadão escolhe seu representante que deverá agir voltado para os seus interesses, sendo que este não poderá, em regra, a outro delegar a função que lhe devida. É a propósito, o pensamento do grande filósofo Montesquieu:

> O povo, quando tem o poder soberano, deve fazer por si mesmo tudo aquilo que possa fazer corretamente; e tudo o que não puder fazer corretamente, cumpre o que faça por

3 CAPEZ, Op. cit., p. 30.

> intermédio de seus ministros. *Esses ministros somente lhe pertencerão se eles o nomear.* [4]

Neste sentido, nosso texto constitucional, sem eu art.22, I assevera que:

> Compete privativamente à União legislar sobre:
> I- direito civil, comercial, penal, processual, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Atente-se, que tal função é atribuída exclusivamente ao poder Legislativo, a quem é delegado, através do exercício da soberania popular, alcançada por meio do sufrágio universal, garantido pelo Estado Democrático de Direito, o dever de normatizar as condutas necessárias para o desenvolvimento das relações sociais.

Sendo assim, as normas penais em branco heterogêneas violariam a este preceito constitucional básico, pois os legisladores legalmente escolhidos pela vontade popular, ressalte-se mais uma vez, delegam a órgãos inferiores o poder de, criando normas, serem estas utilizadas na complementação da norma penal em branco, quando na verdade tal atividade compete exclusivamente a eles, ou seja, o cidadão delega o poder ao legislador para que ele exerça o que lhe é competente, e não para que o legislador delegue a outrem função exclusivamente sua. Lembre-se ainda que embora já exista o tipo especificado, as leis só adquirirão eficácia quando complementadas, até então sequer poderão ser aplicadas.

Saliente-se, mais uma vez, que este poder é delegado aos legisladores para que os tais, diretamente, proponham, analisem, discutam e aprovem o que pode ou não ser lei. São exclusivamente eles que devem exercer tal atividade. Faz-se isto, por óbvio, no intuito de garantir ao cidadão do Estado Democrático a certeza de que sua pequena parte de soberania popular estará sendo corretamente exercida por aqueles que ele próprio escolheu.

Embora os representantes legais propaguem a ideia de que os órgãos infraconstitucionais possuem conhecimento técnico capaz de possibilitar a elaboração da norma jurídica penal, o que na verdade nos parece é que os tais se esquivam de exercer atividade somente a eles conferida, sem sequer

4 MONTESQUIEU, Charles de. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 24.

apresentarem argumentações razoáveis que justifiquem o porquê do seu ato de delegação. Atente-se, inclusive, que a norma jurídica não se constitui única e exclusivamente de conceitos e conhecimentos técnicos independentes, mas, pelo contrário, caracteriza-se pela presença de elementos harmonicamente constituídos, sendo que, estando um deles em dissonância com o prescrito em lei constitucional, toda a norma inapta está.

Assim, se o *tipo penal* representa um *todo*, um conjunto de várias *partes*, entende-se que, não estando uma destas em concordância com os princípios que norteiam a elaboração e aprovação da norma, a tipicidade não possuirá eficácia, o que gera o conhecido efeito dominó, já que não tendo a *parte* - norma complementadora - legitimidade, o *todo* – o tipo penal – também não o terá, o que, por sua vez, descaracterizará a conduta típica tida como *crime* (ação *típica*, antijurídica e culpável). Ou seja, sendo o complemento da norma penal em branco ilegítimo, também o será o tipo penal por ele complementado, assim como a conduta por ele recriminada.

Outrossim, quando a Constituição Federal delega exclusivamente à União a competência de legislar sobre direito *penal* demonstra a importância de tal Instituto, pois não poderá ser exercido por outro além dos legalmente escolhidos. Observe-se ainda que o processo de aprovação de uma lei em nosso país é algo delicado, exigindo ampla análise e discussão. De início, a casa que propõe o projeto de lei o submete a um estudo e aprovação interna, que em seguida, se aprovado, é encaminhado a outra casa, onde passará pelo mesmo processo anterior, sendo que, se aprovada é que se submeterá, por fim, ao crivo do Poder Executivo. Já o mesmo não ocorre com uma norma administrativamente elaborada. Nesta, a competência para normatizar pertence à mesa diretora do órgão administrativo, não passando pela mesma perícia do processo legislativo.

Destarte, se uma determinada lei não se submete ao supracitado processo, incorre em inconstitucionalidade, uma vez que não obedece ao requisito *formal* constitucionalmente exigido. Abordando tal assunto, José Afonso da Silva observa que "Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos, etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do poder público, e que se manifesta [...] *formalmente*, quando tais normas são formadas por *autori-*

dades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição... " [5]. Ora, é exatamente o que ocorre com a norma penal em branco heterogênea, ela viola o preceito formal, uma vez que tais normas são elaboradas por autoridades incompetentes, em desacordo com os procedimentos estabelecidos, recaindo no que a doutrina explicitamente titula como Inconstitucionalidade por Ação.

Considere-se, ainda, que os dispositivos cujo conteúdo é preenchido por atos infralegais, como é o caso das portarias, desviam-se das diretrizes traçadas pela Lei Maior, porque mesmo tendo força vinculante equiparada à lei, não têm gênese homóloga a esta, ou seja, fogem dos requisitos do processo legislativo. Deve-se entender que se a Constituição firma determinado procedimento para um ato imperativo considerado lei, é evidente que qualquer disposição normativa que não o siga está contradizendo o mandamento constitucional.

A discussão do projeto, a votação, a revisão, a sanção executiva, tudo isto é exigência de um processo democrático, haja vista que quanto mais uma regra é debatida, esmiuçada, ponderada e julgada, mais próxima estará de alcançar eficácia ao ser posta em vigor. Esse percurso a que a lei se submete nada valeria se os agentes que trabalham e debatem-na não fossem os representantes juridicamente instituídos pelos meandros de soberania popular – o voto direto. Ora, de que vale o ponderar e cogitar de uma regra, e opinar sobre ela, se quem a faz não possui a prerrogativa de representante dos interesses populares?

Os órgãos infralegislativos, que por ato discricionário assumem função de complementar a norma penal em branco heterovitelínea, possuem aptidão técnica para fazê-lo, mas não jurídica. Para tanto deveriam estar de acordo com o mandamento constitucional.

O fato é que a Constituição reza que a lei, antes de viger deve passar pelo crivo do processo legislativo. Mesmo que, em parte, a norma penal em branco se submeta em seu estágio inicial a tal processo, ou seja, na parte que está incompleta, o problema é que seu conteúdo se constitui fora dos ditames constitucionais. Há que se entender que a *norma completa*, e não apenas uma parte dela, deve estar plasmada segundo os ditames da vontade social.

5 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editoras, 2006. p. 47.

4.2 DO ATENTADO À SEGURANÇA JURÍDICA

A organização de um Estado Democrático de Direito calca-se na garantia real de direitos fundamentais invioláveis a cada indivíduo, os quais nem mesmo ao Estado é dado o poder deles dispor. São direitos inalienáveis, inatos à natureza humana, sendo que para a sua efetivação se reveste ainda de poder o legislativo, quando a ele é concedido o dever de elaborar e aprovar algumas leis infraconstitucionais. É por meio do Poder Legislativo que muitos direitos e garantias fundamentais poderão alcançar eficácia.

Entretanto, o que ocorre com as normas penais em branco heterogêneas é o inverso, uma vez que quem elabora as normas complementadoras não são pessoas constitucionalmente escolhidas, são órgãos e instituições que não possuem o poder normativo, assim como tal aprovação não se submete ao complexo e exigível processo de discussão a que um projeto de lei está exposto: analisado de maneira cautelosa e sistematizada. Isso poderá gerar sérios prejuízos à ordem jurídica, já que cada cidadão poderá ter sua esfera legal violada, pois a nossa Constituição prescreve que é competência privativamente do Legislativo dispor da aprovação de leis, e não de órgãos inferiores a quem eles delegam o poder que lhes pertence.

Sabemos que o Estado se constitui a partir da abdicação de parte da liberdade natural de cada indivíduo, o que se faz no intuito de garantir para si uma segurança não adquirida em um Estado sem ordem. Objetiva o indivíduo ter-lhe garantida uma segurança jurídica que nem o próprio Estado poderá violar. Na seara penal vislumbra-se isto com facilidade, tanto a Constituição de 1988 em seu art 5°, XXXIX, como o Código Penal Brasileiro no seu art. 1° asseguram que "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal" [6].

Logo se observa que a aplicação da lei penal requer maiores cuidados do que todas as outras, pois além de tutelar os bens mais caros ao ser social, cuida também de garantir ao indivíduo a sua parcela não cedida de liberdade.

Se a aplicação da lei penal exige tamanha cautela, é de se aceitar também que sua elaboração deva seguir o mesmo caminho. Não é questão de se afirmar que aqueles órgãos que firmam a elaboração de normas infralegais não possuam

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

conhecimento do assunto de que trata; apenas que as suas resoluções serão mais frágeis que as do Poder Legislativo, pela falta de crivo por meio do processo e pela distância dos requisitos de representação democrática.

Assim, quando o legislador delega a um órgão ou instituição o poder de normatizar, esquece que a norma administrativamente aprovada não passará pela mesma discussão e análise, além de que ela poderá ser alterada sem submeter-se ao processo que é de sua natureza. Ora, quando outrem, diferente daquele representativamente escolhido para dispor de parte da soberania popular, exerce uma função que não lhe é de direito, viola a liberdade de cada cidadão, desrespeitando a estrutura fundamental de organização do Estado democraticamente instituído, ficando a sociedade exposta aos dissabores de um órgão administrativo, que embora tenha conhecimento técnico, não o tem materialmente.

Frise-se ainda que nem mesmo aos Estados Federados é dado o poder de legislar diretamente sobre direito penal, pois somente no que concerne às matérias específicas é que poderão legislar, e isso quando permitidos por lei complementar, como dispõe o parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, reforçando que a segurança jurídica, constitucionalmente garantida, encontra-se em patamar superior no rol de princípios democráticos, devendo todos os atos normativos, a ela inferior, estarem em concordância consigo.

Diante do exposto, entende-se que não pode estar a segurança jurídica submetida aos infortúnios de um órgão administrativo, que adquiriu, sem respaldo jurídico, o poder de normatizar. A segurança jurídica é a garantia maior de uma sociedade democrática, que uma vez violada põe em risco a própria estrutura organizacional do Estado.

5 A NORMA PENAL HETEROGÊNEA E SEU CARÁTER EXCEPCIONAL

Como já referenciada, a aplicação da norma penal em branco heterogênea se faz por meio de *delegação* do Poder Legislativo a um órgão infraconstitucional que terá a função de elaborar a norma complementadora. Quando abordamos os vários tipos de espécies normativas, citamos as *leis delegadas*, que poderiam, nesta matéria, se confundir com as resoluções, portarias, etc., editadas

pelos órgãos administrativos. Para evitar equívocos façamos a diferenciação.

Segundo o professor Alexandre de Moraes, lei delegada, prevista no art. 68 da Constituição Federal de 1988, "é ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este, constituindo-se verdadeira delegação externa da função legiferante e aceita modernamente, desde que com limitações, como mecanismo necessário para possibilitar a eficiência do Estado e sua necessidade com limitações de maior agilidade e celeridade"[7]. Assim, é ato previsto na Constituição de 1988, utilizado de maneira excepcional, fruto de solicitação do Executivo, passando indispensavelmente pelo crivo das duas casas do Congresso Nacional.

Atente-se que as normas infraconstitucionais que complementam as normas penais em branco heterogêneas são elaboradas por órgãos da administração pública, submetidas ao Poder Executivo. Ora, se o nosso ordenamento jurídico já prevê constitucionalmente ato normativo proposto pelo Executivo, não entendemos o porquê da existência das normas heterogêneas, uma vez que as leis delegadas poderiam por si só exercer a função imposta àquelas, o que favoreceria o processo democrático, pois, como visto, as leis delegadas são propostas pelo Executivo e só alcançam legalidade após serem submetidas ao consenso do Legislativo, que conferirá competência para que possam ser passíveis de aplicação no ser social. Possuem elas a análise não adquirida pelas normas heterogêneas, que são administrativamente aprovadas e não submetidas à analise legislativa.

Outra característica da lei delegada que também poderia ser admitida à norma penal em branco em sentido estrito é o seu caráter excepcional. Seria possível sim a admissão da norma heterogênea, desde que seu tempo de duração fosse determinado e que seu conteúdo precisasse urgentemente ser legislado. Ou seja, diante de uma necessidade urgente de normatização, em que não seria possível ao Legislativo dela dispor imediatamente, devido às múltiplas atividades que lhe são impostas, poderia aí sim ele delegar a órgão administrativo o poder de normatização, devendo este seguir os requisitos essenciais da lei delegada, o que se justificaria pelo intuito de zelar pela ordem jurídica, não permitindo que conduta antissocial permanecesse sem normatização.

7 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo : Atlas, 2006. p. 645.

6 O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL EM BRANCO EM SENTIDO ESTRITO

Uma das mais conhecidas normas heterogêneas se encontra prescrita na Lei n°. 11.343/2006 – Lei Antidrogas, mais precisamente em seus arts. 33, 34 e 36, a qual trata do tráfico ilícito de drogas. Tal ato normativo não especifica o que seja droga, sendo necessário recorrer à norma infraconstitucional regulamentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão de conhecimento técnico submetido ao Ministério da Saúde. Ora, sabemos que o tráfico de drogas é um dos ilícitos penais mais veementemente sancionado, como estabelece o art. 5° da Lei Maior, sendo considerado crime inafiançável e que se cometido por estrangeiro naturalizado não o impede de ser extraditado. Por isto não é aceitável que o Poder Legislativo delegue a órgão infraconstitucional a competência de normatizá-lo. Crimes como estes merecem atenção ainda maior do representante legal, pois geram prejuízos irreparáveis à sociedade.

A atividade do órgão técnico deveria se realizar de forma a assessorar o Legislativo, e não de substituí-lo. Quanto mais debatido e analisado um projeto de lei, maior será o respaldo que alcançará no meio social, adquirindo condições de garantir a ordem e o equilíbrio no meio social, punindo de maneira eficaz aqueles que violam o que foi democrática e legalmente estabelecido pela vontade indireta do povo, detentor da soberania popular.

Destarte, quando se aceita a inconstitucionalidade da norma heterogênea muito se tem a ganhar, pois se reconhece que a normatização penal é algo delicado e de suma importância, não podendo ser exercida por órgão incompetente, uma vez que, como aqui já referendado, é ela quem guarda e protege os bens mais essenciais a uma sociedade que visa à democracia e à justiça. Outrossim, tal reconhecimento garantiria ao ser social a certeza de que tais normas se submeteriam ao processo legislativo constitucionalmente previsto, possibilitando a concretização de uma estrutura jurídica estabilizada.

7 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, é certo que o estudo da norma penal requer, assim como a sua elaboração, cautela e análise. Verificar a sua importância no

ser social como meio de concretização de direitos é um dos objetivos daqueles que a entende como elemento de garantia social. Em nenhuma perspectiva poderão elas (as normas penais) atentar contra um dos bens mais preciosos ao cidadão: a segurança jurídica. Quando isso ocorrer, como é caso das normas penais em branco heterogêneas, devem elas, indubitavelmente, ser consideras inconstitucionais, sob pena de gerarem malefícios irreparáveis.

Como demonstrado, no nosso entendimento, a inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea existe e se concretiza principalmente em dois aspectos:

1. Infringe o processo legislativo, não se adequando aos seus requisitos formais, recaindo na *inconstitucionalidade por ação*;
2. Agride a segurança jurídica, relegando a órgãos administrativos o poder de normatizar mesmo que de forma indireta casos da seara penal, quando na verdade tal função compete, em regra, ao Poder Legislativo.

Assim, prezando por uma ordem jurídica harmônica e pela segurança de cada indivíduo é que propomos a inconstitucionalidade das normas penais em branco em sentido estrito ou heterogêneas, no intuito de conservar a soberania de cada indivíduo e de punir de formar eficaz, os que violam a ordem social conjuntamente edificada.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio E. de. Normas penais em branco, tipos abertos e elementos normativos. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2286. Acesso em: 21 ago. 2007.

MODESTO, Danilo Von Beckerath. A norma penal em branco e seus limites temporais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 817, 28 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7345>. Acesso em: 22 ago. 2007.

MONTESQUIEU, Charles de. **Do Espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. Uma visão critica ao papel ontológico da norma penal em relação às suas formas de prevenções (seu papel social). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3868>. Acesso em: 12 set. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Correspondência | Correspondence:

Ariadny Mayara Chaves Medeiros
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – Campus Mossoró,
Rua Almino Afonso, 478, Centro, CEP 59610-210. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84)3315-2145.
Email: ariadnymayara@yahoo.com.br