



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

NORMAS PENAIS EM BRANCO E MÚLTIPLAS POSSIBILIDADES DE
INTEGRAÇÃO O CASO DO ART. 56 DA LEI 9.605/98

Daniela Chagas Filgueiras

Rio de Janeiro
2019

DANIELA CHAGAS FILGUEIRAS

NORMAS PENAIS EM BRANCO E MÚLTIPLAS POSSIBILIDADES DE
INTEGRAÇÃO O CASO DO ART. 56 DA LEI 9.605/98

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão do Curso de Pós Graduação *Lato
Sensu* em Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Monica C.F Areal

Neli L.C Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

NORMAS PENAIS EM BRANCO E MÚLTIPLAS POSSIBILIDADES DE INTEGRAÇÃO O CASO DO ART. 56, DA LEI N° 9.605/98

Daniela Chagas Filgueiras

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada *lato sensu* pela EMERJ. Pós-Graduada em Direito Empresarial com foco em tributário pela FGV e Pós-Graduada em Direito Ambiental, UFRJ.

Resumo – O direito penal vigente não se legitima, sem a observância dos princípios basilares de proteção dos direitos fundamentais do homem. A evolução do direito penal gerou conquistas que não podem ser desprezadas pelos operadores do direito. Neste contexto, a essência do trabalho aborda o tema das normas penais em branco e a necessidade de releitura destas normas, com a aplicação da teoria do erro de tipo e erro de proibição, conforme o caso, como medida necessária para obstar a violação aos princípios penais vigentes no Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave – Direito Penal. Normas Penais em Branco. Integração Múltipla. Violação de dos Princípios da Legalidade. Intervenção Mínima e Fragmentariedade. Limitação à integração das Normas Penais em Branco.

Sumário – Introdução. 1. Normas penais em branco – conceito e classificação; 2. O caso do art. 56, da Lei n° 9.605/98. sua integração por normas administrativas com ampliação do tipo penal. 3. Violação aos princípios da legalidade, fragmentariedade e intervenção mínima, ausência de limitação da integração normativa. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

As normas penais incriminadoras que necessitam de integração, denominadas como normas penais em branco, devem ser analisadas de acordo com os princípios que regem o direito penal. As referidas normas quando prescrevem no tipo a expressão: “em desacordo com as exigências legais e regulamentares” abrem infinita possibilidade de integração, por normas de cunho administrativo, que redundam na ampliação demasiada do tipo penal incriminador, por vezes, alterando o bem jurídico tutelado e criminalizando condutas que poderiam ser facilmente prevenidas e sancionadas por outras disciplinas que não o direito penal, que se constitui como *ultima ratio* como determina o princípio da intervenção mínima.

No primeiro capítulo tratamos de seu conceito e classificação.

Através, portanto, desta integração criam-se novos tipos penais que podem alterar o grau de lesividade da conduta e do bem jurídico que, muitas vezes, neste processo integratório, do tipo penal incriminador, deixa de se revestir da razoabilidade mínima necessária para que esteja sob a égide de proteção do direito penal.

No segundo capítulo, tratamos, por exemplo, da análise do conteúdo do art. 56, da Lei nº 9.605/98 podemos verificar que o bem jurídico tutelado é o meio ambiente, todavia, em virtude de sua qualidade de norma penal em branco, este dispositivo pode ser integrado por normas que não tutelam o meio ambiente e sim outros bens jurídicos, notadamente por dispositivos normativos de cunho administrativo editados por agências reguladoras.

Observa-se do dispositivo legal supramencionado que o tipo é de conteúdo variado, temos, por exemplo, o verbo transportar e se estivermos diante do transporte de produtos perigosos as normas administrativas integradoras poderão vir da ANTT, Agência Reguladora, e, ainda, da ANP, se o transporte for de combustível.

Ao se analisar as disposições normativas dessas agências tem-se, por exemplo, a seguinte conduta sendo criminalizada: um transportador de combustível é autuado pela ANTT por não trafegar com a sinalização adequada do produto, ou seja, transporta diesel, mas está com a sinalização de etanol, infringindo, assim, a Resolução ANTT nº 3.655/11 e, neste caso, pode ser autuado, pela ANTT, com a lavratura de Auto de Infração pela conduta acima que se subsume no Código 947-40 da Resolução ANTT nº 3.880/12.

Neste caso, este mesmo transportador é denunciado por infringência do art. 56, da Lei nº 9.605/98 mesmo que sua conduta não tenha provocado qualquer dano ao meio ambiente, já que norma da ANTT não busca tutelar o meio ambiente, e sim a segurança do transporte e da concorrência perfeita nesta atividade.

Neste diapasão, existe alteração do bem jurídico tutelado cuja conduta, neste caso, não se reveste da lesividade necessária a ensejar a aplicação da sanção penal, observa-se a violação de vários princípios de direito penal, o que é abordado no terceiro capítulo.

Mas não é só, se o transporte é de produto perigoso e o transportador é autuado pela ANP, por transportar produto não conforme, cuja não conformidade pode se operar pelo simples fato do caminhão não ter sido corretamente lavado, será, ainda, criminalizado pelo mesmo tipo penal.

São, portanto, inúmeros exemplos porque as normas de índole administrativas aptas a integrar este tipo são incontáveis.

Tal fato redundará na conclusão irrefutável que as normas penais em branco criam novos tipos penais violadores de outros bens jurídicos que não os efetivamente considerados e tutelados pela norma penal integrada, bem como, alteram o grau de lesividade da conduta que o tipo penal originário procurou tutelar.

1. NORMAS PENAIS EM BRANCO – CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A norma penal que define crimes e estabelece sanções deve, necessariamente, observar o princípio basilar de sua criação, o princípio da legalidade expresso no art. 5º, inc. XXXIX da CRFB/88 e no art. 1º do Código Penal Brasileiro. Este princípio representa uma limitação ao poder punitivo do Estado e garante ao cidadão a primeira forma de controle deste poder impedindo que as normas penais contenham grau de indeterminação porque este tipo de norma penal favorece o âmbito de interpretação judicial e impede o real conhecimento, pelo cidadão, do verdadeiro alcance do tipo proibitivo.

A proteção do cidadão contra o arbítrio exclui leis penais indefinidas ou obscuras – o maior perigo para o princípio da legalidade, segundo WELZEL – porque leis penais indefinidas ou obscuras favorecem interpretações idiossincráticas e impedem ou dificultam o conhecimento da proibição, favorecendo a aplicação de penas com lesão do princípio da culpabilidade – outro aspecto da relação entre os princípios formadores do conceito de crime¹

Neste desiderato, se somente a lei pode criar o crime pode-se dizer que a lei é sua fonte primária. A estrutura do crime é composta de dois preceitos, o preceito primário que descreve o crime, uma proibição ou um comando, e o preceito secundário que comina a pena.

Quando o preceito primário da norma penal não depende de nenhuma complementação normativa para se atingir seu verdadeiro alcance, diz-se que esta norma é completa, todavia, existem no ordenamento jurídico normas penais que necessitam de complementação a fim de se integrar ao tipo e, com esta, integração se atingir seu verdadeiro alcance, essas são as denominadas normas penais em branco que dependem, necessariamente, de complemento normativo para que se alcance a real compreensão do delito que o tipo pretende abarcar.

Assim, diante da impossibilidade do legislador em descrever de forma exauriente o tipo incriminador no momento da criação da norma, o legislador se vale da norma penal em branco, deixando para outra fonte normativa o poder de integração e complementação deste tipo, tornando passível de flexibilização e adaptação posterior perante a norma complementar.

Imputa-se a Binding o mentor originário da expressão lei penal em branco que a classificou como leis que continham a sanção determinado, todavia, seu preceito primário é formulado somente como uma proibição genérica que deve ser complementada por outra lei.

Historicamente a norma penal em branco se caracterizada pela possibilidade de delegação a instância inferior para a sua complementação, logo o conceito em branco foi criado

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Florianópolis: ICPC, 2017, p. 25.

para se aferir que o órgão superior outorgava carta branca ao órgão inferior para complementar o tipo incriminador.

As normas penais em branco são classificadas de forma diversa pelos autores², as classificações mais comuns são: (i) Normas penais em branco em sentido amplo: quando a complementação do tipo advém da mesma, ou de outra, lei, no entanto, originárias da mesma fonte legislativa. Quando a complementação é realizada na mesma lei, são denominadas homovitelinas, através da integração por remissão interna. Quando a integração é realizada por outra lei, são denominadas de heterovitelinas, ou seja, remissão externa. (ii) Normas penais em branco em sentido estrito: nestas a fonte formal é heteróloga, posto que são complementadas por normas de órgão distinto do poder legislativo, por atos administrativos oriundo do poder normativo regulamentar dos órgãos administrativos. Outro critério de classificação, reconhecido na doutrina, é o que classifica a lei penal em branco³ como (i) Própria, em sentido estrito ou heterogênea ou (ii) Imprópria ou homogênea ou homóloga.

A lei penal em branco própria corresponde, as leis penais em branco em sentido estrito, já que são complementadas por outro ato que não emana da fonte legislativa podendo vir de órgãos reguladores, administrativos e executivos inseridos dentro do poder normativo que estas entidades possuem.

A lei penal em branco imprópria é aquela que será complementada por norma emanada do próprio legislador, a fonte legislativa, portanto, é homogênea o que equivale a classificação das normas penais em branco em sentido amplo.

Serão homovitelíneas quando o complemento normativo emana da mesma instância legislativa e se encontra na mesma estrutura normativa da descrição contida no tipo complementado. Como exemplo temos os crimes funcionais praticados por funcionário público, como por exemplo o art. 312 do Código Penal, em que o conceito de funcionário público integra a mesma estrutura normativa, *in casu*, o Código Penal, art. 327.

Por outro lado, serão heterovitelíneas quando embora emane da mesma instância legislativa, mas não estão na mesma estrutura normativa da descrição típica, como por exemplo o crime previsto no art. 178 do Código Penal cujo conceito de warrant encontra-se em lei especial, ou seja, em outro arcabouço jurídico que não o que se encontra a norma a ser complementada.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v.1. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 76.

³ GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flavio. *Curso de Direito Penal: parte geral*; 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 116.

Ao lado dessas classificações mais reconhecidas na doutrina, urge-nos trazer a lume, outra classificação realizada pelo Prof. Luiz Flavio Gomes que, acresce outras classificações, são elas: (i) Lei penal em branco ao revés ou invertida, que diferente das anteriores que tratam do preceito primário, vai complementar o preceito secundário, a sanção.

O exemplo citado, pelo autor, é o do crime de genocídio que não estabeleceu a pena e sim remete para outra lei a descrição da sanção. Outro exemplo que poderíamos utilizar é o do art. 158, § 3º, do Código Penal, que trata da extorsão quando resulta lesão corporal grave ou morte, nesta hipótese o tipo remete para as penas previstas no art. 159, § 2º e §3º, respectivamente; (ii) Lei penal em branco ao quadrado: quando o tipo penal exige um complemento para sua compreensão, no entanto, este complemento faz referência ou necessita de outro ato normativo para se compreender seu conceito, seria um caso de lei duplamente em branco.

O mesmo autor dá como exemplo o art. 38, da Lei nº 9.605/98 que em seu tipo tem o elemento normativo “floresta de preservação permanente”, este conceito precisa ser realizado com a utilização do Código Florestal, Lei nº 12.651/12 que, no entanto, no art. 6º remete a ato do poder executivo, o que redundaria na conclusão que estaríamos diante de uma lei penal duplamente em branco.

2. O CASO DO ART. 56, DA LEI Nº 9.605/98. SUA INTEGRAÇÃO POR NORMAS ADMINISTRATIVAS COM AMPLIAÇÃO DO TIPO PENAL

Quando nos deparamos com um tipo penal incriminador, como o do art. 56, da Lei nº 9.605/98, que em seu preceito primário utiliza a expressão “ em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou nos seus regulamentos”, estamos diante de uma clara norma penal em branco que provocará, necessariamente, para a subsunção do fato praticado com a norma sancionadora uma extensão interpretativa no preceito primário porque o norma só estará completa e subsumida ao fato consumado, quando integrada com outro dispositivo legal, ou outra norma de cunho regulatório.

Já neste primeiro momento, pode-se perceber que o princípio da legalidade que estipula que somente a lei pode prever crimes, encontra-se, na norma penal em branco, excepcionado porque o próprio texto diz, expressamente, que a complementação pode vir por lei ou por ato normativo regulamentador.

Assim, tem-se que este preceito primário poderá ser integrado por uma norma regulamentar e se o fato praticado se subsumir a este novo preceito haverá crime.

Neste contexto, utilizemos como exemplo o transportador de carga perigosa, que no exercício da sua atividade de transporte se submete ao cumprimento das normas da ANTT, órgão regulatório criado pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que, em seu art. 22, inciso VII, atribuiu competência à ANTT para regulamentar o transporte de cargas e produtos perigosos em rodovias e ferrovias, estabelecendo padrões e normas técnicas complementares relativos a esse tipo de operação.

As regras e procedimentos do transportador se encontram no Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos, Resolução ANTT nº. 3665/11⁴ e alterações, complementado pelas Instruções aprovadas pela Resolução ANTT nº. 5.232/16⁵ e suas alterações, sendo certo que ainda encontramos dispositivos que são complementados por normas de ordem eminentemente técnicas como as NBRs e outras normas atinentes as condições específicas de cada produto transportado, já que estamos considerando, *in casu*, produtos perigosos.

Da leitura da Resolução ANTT nº. 3.665/11⁶, observa-se que o poder normativo regulador estabelece exigências com relação à correta classificação do produto; à adequação, certificação e identificação dos volumes e das embalagens; à sinalização das unidades e dos equipamentos de transporte; à documentação; às prescrições aplicáveis a veículos e equipamentos do transporte rodoviário impondo sanções ao transportador, importador, embarcador e destinatário dos produtos perigosos.

Assim, temos que no exercício do transporte, pode haver sanção administrativa pela mesma conduta ao transportador, que realiza o transporte, ao embarcador e ao destinatário do produto, estes últimos que embora não realizem a conduta do transporte, no campo administrativo têm contra si a possibilidade de sanção administrativa, geralmente, pelo fato de não ter fiscalizado questões técnicas atinentes aos equipamentos de transporte ou eleito corretamente o seu transportador.

Daí já se extrai o primeiro perigo destas normas penais em branco, já que o embarcador/ expedidor ou destinatário do produto podem vir a ser autuados pela ANTT com base em conduta do transportador, que também será autuado, e em sendo subsistente o auto de infração, todos poderão ser acusados em eventual ação penal já que no campo administrativo,

⁴ BRASIL. ANTT, Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Resolução nº 3.665*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: < <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=217095>> Acesso em: 05 jun. 2019

⁵ BRASIL. ANTT, Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Resolução nº 5.232*, de 14 de dezembro de 2016. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=343700>> Acesso em: 05 jun. 2019

⁶ BRASIL, op. cit., nota 15

grande parte dos agentes autuantes, entendem que existe responsabilidade administrativa objetiva, o que, inclusive, é matéria de debate no Superior Tribunal de Justiça, havendo duas Turmas com entendimentos contraditórios, uma entendendo que responsabilidade administrativa é objetiva e outra entendendo que a responsabilidade administrativa é subjetiva.

Veja-se, por exemplo, que no Regulamento da ANTT nº 3665/11, o expedidor do produto, de acordo com o art. 54, 55 e 56 tem contra si a possibilidade de praticar 26 condutas infracionais por questões técnica e operacionais atinentes aos equipamentos de transporte que são de propriedade do transportador.

Toma-se, por exemplo, a infração do art. 54, I (b) do referido Regulamento da ANTT, in verbis:

Art. 54. São infrações de responsabilidade do expedidor:

I - Puníveis com a multa prevista para o Primeiro Grupo:

b) expedir produtos perigosos em veículo ou equipamento de transporte com características técnicas ou operacionais inadequadas, em desacordo ao art. 6º;

Art. 6º. O transporte de produtos perigosos somente pode ser realizado por veículos e equipamentos de transporte cujas características técnicas e operacionais, bem como o estado de conservação, limpeza e descontaminação, garantam condições de segurança compatíveis com os riscos correspondentes aos produtos transportados, conforme estabelecido pelas autoridades competentes.⁷

Observa-se de uma simples leitura deste dispositivo regulamentador que a infração para o expedidor traz para ele a incumbência de conhecer normas técnicas porque o art. 6º remete indutivamente para outras normas, inclusive, de NBRs.

Neste contexto, se houver fiscalização, por exemplo, da Polícia Federal e se o veículo do transportador for inspecionado e se verificar falhas nos equipamentos o transportador será autuado e o expedidor também.

Só da análise perfunctória desta integração já é possível concluir que a norma regulamentar da ANTT, cujo o objeto da tutela é a segurança do transporte já foi capaz de incluir novo bem jurídico ao dispositivo do art. 56, da Lei nº 9605/98 tutela o meio ambiente, logo, já temos uma extensão do bem jurídico tutelado nas normas penais em branco que, no momento da sua integração, podem vir a alterar ou incluir novo bem jurídico tutelado ao tipo penal incriminador que será integrado.

⁷ BRASIL. ANTT, Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Resolução nº 3.665*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: < <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=217095>> Acesso em: 05 jun. 2019.

3. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA, FRAGMENTARIEDADE E INTERVENÇÃO MÍNIMA. LIMITE À INTEGRAÇÃO NORMATIVA NAS NORMAS PENAS EM BRANCO: UMA NECESSIDADE IMPERIOSA.

Os princípios reguladores do direito penal representam a garantia mínima indispensável do homem perante o poder punitivo do Estado. Os princípios têm força normativa e tutelam direitos fundamentais do homem.

O princípio da legalidade, é o princípio matriz de todo o direito penal vigente, e encontra-se expresso nos art. 5º, XXXIX da CRFB/88, e art. 1º do Código Penal.

Da simples leitura a estes dispositivos legais, extrai-se que não pode haver imputação de crime sem lei anterior que o defina e sem a prévia cominação legal, conforme brocardo latino, *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

A lei, portanto, tem que ser certa e determinada, não podendo o legislador se utilizar de expressões, ou termos que amplifiquem, ou tornem imprecisos os tipos penais. No entanto, não basta ser lei, necessita de ser lei formal, ou seja, aquela que respeita a competência prevista no art. 22, da CRFB/88 que dispõe ser da competência privativa da União legislar sobre direito penal.

Esta é a primeira limitação aos tipos penais incriminadores, mas não é só, o direito penal é a *ultima ratio* do sistema jurídico.

Neste contexto, a conduta descrita no tipo penal é aquela que se reveste de estritamente e necessária para tutelar a proteção do bem jurídico, elencado como de maior relevância e, desde que exista ineficácia dos demais ramos do direito para garantir esta tutela.

Conclui-se, então, que somente se recorre à intervenção do direito penal em situações de extrema relevância, não se ocupando o direito penal de fatos, ou condutas, que não representem suficiente e relevante lesão, ou ameaça de lesão, a bens jurídicos dotados de importância máxima.

É, portanto, o direito penal, subsidiário e fragmentário, já que se ocupa de punir uma pequena parcela, ou, melhor, fragmento de condutas ilícitas, que representam aquelas condutas que efetivamente atinjam ou ameacem atingir, de forma mais relevante, os bens jurídicos mais importantes.

O melhor critério para definição de bem jurídico é o material que encontra na Constituição o preenchimento da lacuna existente quanto a escolha dos bens jurídicos, podendo-se, portanto, associar os bens jurídicos à ordem de valores constitucionalmente determinada.

Dessa forma, tem-se que a Constituição funciona como ponto de referência para a definição dos bens merecedores de tutela penal, cuja proteção justifica o exercício do

poder punitivo pelo Estado: bem jurídico é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido⁸

Não é por outro motivo que surgiu, na nossa jurisprudência pátria, a consagração do princípio da insignificância, que sorve na intervenção mínima e no princípio da fragmentariedade, os pilares de sua existência.

Ora, se a finalidade do direito penal é a tutela subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes, aquelas condutas que venham a produzir lesões insignificantes devem ser consideradas penalmente irrelevantes.

O Supremo Tribunal Federal está adotando critérios que nos parecem ajustados para a verificação, em cada caso, sobre a possibilidade de aplicar o princípio. São eles: (i) A mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) Nenhuma periculosidade social da ação; (iii) Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; (iv) A inexpressividade da lesão jurídica provocada⁹.

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Na verdade, trata-se da aplicação no Direito Penal do velho adágio latino *minima non curat praetor*.

Assim, temos que as normas penais devem ser rígidas na sua estrutura porque a sanção penal é a mais grave do ordenamento jurídico. Logo, se somente a lei cria tipos penais incriminadores, nas normas penais em branco não pode existir integração se não for por lei emanada da União e, não menos lógico, configurar-se á, ilegal o preenchimento das lacunas por normas emanadas pela Administração Pública dentro do seu poder normativo regulamentar.

Esta seria uma premissa básica para a integração das normas penais em branco respeitando-se o princípio basilar da legalidade estrita das normas penais incriminadoras. Corolário desta assertiva é que quando o legislador utilizar a expressão na norma incriminadora penal “ em desacordo com a legislação ou normas legais vigentes”, ou qualquer outra expressão similar ou sinônima, o intérprete e o aplicador da lei só poderia admitir a integração advinda de uma lei, e nunca de atos administrativos normativos (Resoluções, Portarias, Avisos, Circulares,

⁸ WELZEL, Hans apud TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.16

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em HC nº 84.412-0 SP*. Relator: Ministro Celso de Mello, em junho de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>> Acesso em: 05 jun. 2019.

etc...), decretos legislativos que visem a criar, alterar, modificar ou proteger bens jurídicos que, em sua essência, não consideram ilícitos penalmente relevantes.

Estes atos normativos, não tem autonomia necessária e objetivam, em última análise, a fiel execução da lei, portanto, não se poderia admitir que estes atos vinculados pudessem ser integrativos de normas incriminadoras penais e passassem a constituir um ilícito penal, sem que se violasse, no mínimo, o princípio da legalidade.

O direito penal repele, vigorosamente, a responsabilidade objetiva penal. Todo o conceito de aplicação da sanção penal, encontra-se inserido no princípio da culpabilidade e da individualização da pena.

No primeiro conceito, o elemento subjetivo da conduta do agente deve preencher todo o tipo penal.

Nos crimes dolosos, o dolo deve abranger, necessariamente, o conhecimento de todos os elementos integrantes do tipo, sob pena de o agente estar sob o manto do erro do tipo.

O direito penal positivo adota, não só o erro do tipo como o de proibição, como forma excludente da culpa e, portanto, da punibilidade influenciado pela teoria finalista da ação.

Na teoria finalista, se a culpabilidade (dolo e culpa) se assenta na capacidade e possibilidade de o agente compreender a ilicitude integral de sua conduta, a consciência desta ilicitude está inserida na culpabilidade e a vontade da conduta está integrado no tipo.

A diferença entre os erros decorre logicamente da teoria finalista. Quando o agente encontra-se em erro de tipo, ele erra sobre os elementos do tipo penal propriamente tido e, por isso, afasta-se o dolo, admitindo, todavia, sua punição por culpa, se, e somente se, o tipo permitir a modalidade culposa.

No erro de tipo, se o crime é somente doloso, estar-se-á diante da atipicidade da conduta do agente.

Por outro lado, no erro de proibição, o reflexo é na culpabilidade que será excluída ou atenuada.

Nas normas penais em branco, integradas por uma multiplicidade de normas existentes no direito positivo, é indispensável que o aplicador da lei perquiria se a vontade do agente integrava todos os elementos do tipo integrado, e se não houver este conhecimento, o aplicador deve reconhecer a existência de erro evidentemente escusável.

A tendência atual, de se admitir que a subsistência de um Auto de Infração administrativo já é causa suficiente para a deflagração da ação penal e, pior, a admissão da culpabilidade do agente sem esta análise se a vontade do agente estava integralmente subsumida no tipo penal integrado, representa a aplicação da responsabilidade objetiva penal em flagrante

violação aos princípios basilares norteadores do direito penal e um retrocesso na interpretação da aplicação da lei penal.

A responsabilidade subjetiva no campo penal foi uma conquista evolutiva histórica, garantindo a dignidade da pessoa humana, princípio fundante do Estado Democrático de Direito vigente.

A ampliação do tipo penal pela integração das normas penais em branco, é amplamente admitida e constitucionalmente aceita, todavia, é necessário uma releitura de sua aplicação porque se existe o pleno conhecimento da multiplicidade de normas existentes no direito brasileiro, seja em razão de competência concorrente, privativa ou comum, assim como, o poder normativo reconhecido à administração pública de todos os entes federativos, é de ser admitido que o agente possa não ter conhecimento integral de todas essas normas.

Com as milhares de normas existentes, de, muitas vezes, difícil conhecimento, controvertida interpretação e variabilidade de situações normatizadas, é dever do Estado garantir ao agente a análise da sua conduta com relação a este conhecimento porque inexistindo esta consciência, ou ainda que exista o conhecimento, se o agente acredita que age de acordo com a norma, seja porque a valora de forma incorreta, ou age de acordo com controvérsias interpretativas doutrinárias e jurisprudenciais, a sua conduta pode estar em erro, seja de tipo ou de proibição e, diversas vezes, de característica de erro escusável.

A simples variabilidade e multiplicidade de normas já revelam uma dificuldade de conhecimento integral de todos os comportamentos que podem ser caracterizados ilícitos penais.

Quem erra, portanto, ou se equivoca, em uma sinalização de caminhão tanque e transporta produto ou mercadoria perigosa pode desconhecer, completamente, que esta conduta pode ser um crime ambiental de transportar em desacordo com as exigências estabelecidas em leis, ou nos seus regulamentos, conforme art. 56, da Lei nº 9.605/98.

Quem se equivoca, ou erra, na limpeza de um tanque de armazenamento e provoca, sem dolo, a não conformidade de um produto perigoso pode desconhecer, e provavelmente, desconhece que pratica crime ambiental previsto no art. 56 da mesma lei, porque não conformidade é prevista como sanção administrativa pela ANP, órgão regulador.

Neste sentido, não é o fato de um auto de infração ser julgado subsistente que exista automaticamente a justa causa para a deflagração de uma ação penal.

Na verdade, a tipicidade aparente é a redefinição moderna da exigência tradicional de materialidade do fato, reintroduzida como condição da ação para excluir processos criminais supérfluos ou investigações infundadas, como esclarece Lopes Jr.

Aqui, a análise deve recair sobre a existência de elementos probatórios de autoria e materialidade. (...) A acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.¹⁰

Observa-se que, torna-se imperiosa uma reavaliação, na análise destas condutas, que integram as normas penais em branco porque quem se equivoca sobre aspectos normativos não pode ser censurado, sem qualquer limite de imposição sancionatória penal.

Não pode ser, portanto, automática a análise das condutas que infringem normas penais em branco, e nem ser o aplicador um pragmático ao ponto de limitar a capacidade interpretativa pelo simples conceito de que o desconhecimento da lei é inescusável.

Admite-se, até, que este conceito, do desconhecimento da lei ser inescusável, imutável, desde que se entenda que o art. 21 do CP, trate da lei em sentido formal e material.

Em outras palavras, não se pode admitir a aplicação da sanção penal sem se verificar se a conduta e o conhecimento do agente integravam o conceito total do injusto. A errônea interpretação do agente, o desconhecimento das milhares de normas regulamentares existentes, ou uma simples negligência na sua conduta por equivocada valoração pode considerar erro passível de escusabilidade da conduta.

É necessário, portanto, o estabelecimento de limites para a aplicação das normas penais coibindo o expansionismo sem filtros com relação ao conhecimento total do injusto, da ofensividade da conduta e da correta e necessária aplicação da lei penal.

A aplicação das normas penais em branco, não pode desvirtuar o arcabouço vigente do direito penal, e nem constituir de medida legítima para agressão dos direitos fundamentais em relação ao poder punitivo estatal, qualquer flexibilidade neste sentido, representará um retrocesso as conquistas da humanidade no campo do direito penal sancionador.

Rememoramos as célebres palavras de Biding quando assevera que “a lei penal em branco é um corpo errante em busca da sua alma”¹¹, que esta alma idealizada pelo autor, portanto, não seja tão errante quanto é a existência no ordenamento jurídico penal das normas penais em branco.

¹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 378.

¹¹ BINDING, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p.111.

CONCLUSÃO

O presente artigo objetiva demonstrar o risco de violação aos princípios fundamentais do direito penal na aplicação irrestrita das normas penais em branco quando são integradas por preceitos normativos administrativos, notadamente normas criadas por Agências Reguladoras, cuja produção normativa é extensa e, por diversas oportunidades, alargam o tipo penal, ora alterando seu bem jurídico, ora estendendo o seu preceito primário para criar novas condutas que podem provocar o desconhecimento do tipo total do injusto.

Este desconhecimento da abrangência do tipo penal pelo agente realizador do comportamento previsto no preceito primário integrado representa violação dos princípios balizadores do direito penal contemporâneo e necessitam de uma releitura pelos aplicadores da norma para evitar a incidência de tipos penais em condutas destituídas de consciência total da ilicitude do comportamento.

Observou-se, principalmente, no capítulo segundo que a integração por normas administrativas regulatórias provoca uma extensão quase ilimitada do tipo penal que redundam na dificuldade e, por vezes, desconhecimento total do cidadão quanto ao comportamento que caracteriza crime.

A aplicação sem fronteiras representa um retrocesso às conquistas do direito penal garantidor dos direitos fundamentais do homem.

Esta ausência de barreiras redundam no afastamento do princípio da subsidiariedade e da intervenção mínima do direito penal, posto que faz exsurgir comportamentos que, provavelmente, não eram aqueles que o legislador ordinário intentava tutelar com o dispositivo do preceito primário incriminador.

O singelo argumento de que as normas penais em branco são constitucionais não são suficientes para impedir e obstar que o intérprete e aplicador da norma deixe de considerar o fato concreto que lhe é apresentado quando diante de uma norma penal em branco integrada por preceitos administrativos, quiçá de simples Resoluções administrativas que sequer status de lei detém.

Se alcançamos um estágio onde não se discute mais a possibilidade de integração por normas que não tem status de lei, o que para nós já representa violação direta ao princípio da legalidade estrita, é necessário, ao menos, verificar o tipo penal que exsurge quando está integrado por estas normas administrativas.

Neste diapasão, é exigência mínima que o aplicador da norma verifique se o comportamento que surgiu do preceito integrado é passível de representação pelo agente da

conduta e se este comportamento não altera substancialmente o bem jurídico que o legislador intentava tutelar.

Assim, um descolamento destes requisitos já deveria ensejar um alerta para o aplicador que deveria perquirir com mais cautela se, de fato, o agente praticou a conduta com real consciência da ilicitude do seu comportamento ou, ainda, se não estaremos diante de uma conduta incidente em erro.

O erro de tipo ou de proibição, para nós, representa um limite imperioso e indispensável para a aplicação das normas penais em branco quando integradas por preceitos administrativos e, neste trabalho, audaciosamente defendemos que não se trata de não conhecimento da norma integradora, e sim, da ignorância pelo agente de que seu comportamento é contrário ao direito, o que, por óbvio, inquina a representação da ilicitude de sua conduta.

A aplicação da teoria do erro objetiva evitar que a complementação represente a possibilidade de integração e aplicação de sanção penal para comportamentos destituídos de lesividade para aplicação da lei penal e, ainda, representa um obstáculo a capacidade de extensão ilimitada do tipo pelo arsenal normativo presente no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. *Direito Penal: Parte Geral*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Crimes contra a ordem tributária: normas penais em branco e legalidade rígida*. Seminário sobre crimes contra a ordem tributária. São Paulo, nº 1, 1995

GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flavio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. v. 1. 5. ed. Niterói: Impetus, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. V. Único. Salvador: Jus Podium, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabirs Editos, 1976.