

**AS NORMAS PENAIS EM BRANCO E O PRINCÍPIO
DA LEGALIDADE: ANÁLISE DO ART. 208 DO
CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

***THE BLANK CRIMINAL LAW AND THE PRINCIPLE
OF LEGALITY: ANALYSIS OF THE ARTICLE 208 OF
BRAZILIAN CRIMINAL CODE***

Luiz Henrique Lucas Barbosaⁱ

Resumo: No presente trabalho, nos propusemos a investigar o art. 208 do Código Penal Brasileiro, uma norma penal incriminadora que traz em seu conteúdo algumas elementares que não são fáceis de serem compreendidas pelo operador do Direito. Ao tratar de proteger os sentimentos religiosos, os legisladores optaram por usar termos teológicos que muitas vezes escapam à compreensão dos intérpretes e os levam a mal-entendidos. Algumas compreensões equivocadas de elementos sagrados ou religiosos levam os juristas a não punir preconceitos de ordem religiosa e a incriminarem condutas que em si mesmas não violam o objeto jurídico tutelado pela norma do art. 208. Por não ser comum a existência de peritos judiciais para questões teológicas, os magistrados precisam interpretar a norma de acordo com suas tradições ou idéias sobre o que seja algo sagrado ou religioso. Compreendemos a natureza do mencionado art. 208 como uma lei penal em branco, ainda que dificilmente acreditemos que um dia se venha a elaborar uma norma complementar, uma vez que, ordinariamente, o legislador e o administrador não dominam o objeto de estudo da teologia. Porém, como a definição de norma penal em branco aponta para aquela que precisa de outra complementar - e sendo a norma teológica uma norma de fonte diferente da norma jurídica original - identificamos aí a necessidade de uma norma penal em branco heterogênea. Uma vez compreendida a natureza da norma do art. 208 do Código Penal Brasileiro, será possível investigar sua adequação aos princípios constitucionais de Legalidade, Reserva Legal e Liberdade.

ⁱ Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes, UCAM, Brasil. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil. Oficial de Justiça da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Professor visitante da Escola Diaconal Santo Estevão.

Palavras-chave: Princípio. Legalidade. Norma Penal em branco. Art. 208 do Código Penal.

Abstract: In the present work, we propose to investigate the article 208 of Brazilian Penal Code, an incriminating penal law that brings in its content some elementaries that are not easy to be understood by Law operator. In attempting to protect religious feelings, legislators had chosen to use theological terms that often escape the interpreters understanding and lead them to misunderstandings. Some mistakes about sacred or religious elements lead jurists not to punish prejudices of religious order and to incriminate conducts that in themselves do not violate the legal object protected by the norm of article 208. For the reason that is not ordinary the existence of judicial experts in theological matters, magistrates need to interpret that norm according to their traditions or ideas about what is sacred or religious. We understand the nature of the mentioned article 208 as a blank criminal law, although we hardly believe that one day a complementary norm will be elaborated, once ordinarily legislator and administrator do not dominate the object of theological studies. However, as the definition of a blank criminal law points to the one that needs a complementary law - and since the theological norm is a source one, different from the original - we identify the necessity for a heterogeneous blank penal norm. Once we are understanding the nature of the norm of article 208, it will be possible to investigate its adequacy to the constitutional principles of Legality, Legal Reserve and Freedom.

Keywords: Principle. Legality. Blank Criminal Law. Article 208 of Criminal Code.

1 INTRODUÇÃO

Ao ler o art. 208¹ do Código Penal Brasileiro², o operador da lei se depara com uma questão essencial à sua aplicação: o que significam os termos “crença”, “função religiosa” e “culto religioso”? Claro, eles não são termos legais, mas sua perfeita compreensão é indispensável para que o aplicador da norma penal possa ponderar se essas elementares foram ou não atingidas.

Para a análise da tipicidade do fato, torna-se imprescindível a pre-existência da norma penal incriminadora, pois o Direito Penal observa regularmente os princípios de Legalidade e Reserva Legal, bem como o de Anterioridade.

No caso da lei brasileira, o legislador federal não se preocupou em descrever ou fixar os significados dos termos citados no art. 208. No entanto, os profissionais do direito no Brasil estão preparados para dar uma interpretação correta a eles? E outra questão, antes mesmo de todas as outras: o Direito e a Teologia (ou ciência da Religião) operam juntos? Como iremos analisar mais adiante, parece-nos haver alguma forma de preconceito do Direito em relação à Teologia, como se ela servisse apenas a igrejas e seitas. Qualquer coisa ligada à religião seria algo inadmissível em um Estado secular ou laico.

Em nosso entendimento, todos os preconceitos já começam com uma ideia equivocada da secularidade de um Estado. Um Estado laico deve ser aquele em que nenhuma religião é oficial ou a única permitida pelo poder constituído, considerando-se como ilegais todas as demais ou qualquer ideologia contrária aos seus valores morais. Podemos também chamar de laico, secular ou não-confessional a um Estado que assume uma posição neutra no campo religioso, não apoiando ou discriminando convicções religiosas particulares. Estado laico, então, não é sinônimo de Estado sem religiões; a este tipo nós denominaríamos de Estado antirreligioso ou arreligioso.³

1 Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

2 Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940. Doravante também citado por CPB.

3 Nos parece mais técnico dizer “arreligioso” que “ateu”, porque é possível falar de religião sem um deus transcendente, como costuma ocorrer no Budismo. Assim, em um Estado onde toda a população seja budista, este é tecnicamente um Estado ateu, mas não arreligioso; não há crença em um deus, mas sim em uma religião. Hoje é muito difícil citar um Estado legitimamente arreligioso, já que mesmo Cuba, a República Popular da China e a República Democrática Popular da Coreia possuem constituições onde se observa a liberdade religiosa (mesmo que a prática seja bem distinta da teoria).

A multiplicidade de religiões e culturas forja a riqueza de uma sociedade e, conseqüentemente, de um Estado.⁴

Um exemplo de um Estado não secular está no art. 5º da Constituição do Império do Brasil (de 1824), que determinava como religião oficial o Catolicismo Apostólico Romano. Eram permitidos os cultos exclusivamente privados de outras crenças; mas nunca suas manifestações públicas de religiosidade.⁵ Outro exemplo de Estado não secular, mas religioso ou teocrático, é a República Islâmica do Irã: no art. 1º de sua constituição já temos a menção do livro sagrado do Islamismo, que é o Corão. Mais adiante, no art. 12, a mesma Carta traz a informação de que o Islamismo é a religião oficial do país e que essa determinação é perpetuamente inalterável.⁶

Entendemos que é muito útil refletir sobre todas as contribuições que as ciências em geral podem trazer para o estudo das ciências jurídicas. Não é difícil verificar os benefícios do diálogo entre Direito e Filosofia, Antropologia e (com especial ênfase) Sociologia. Podemos e desejamos incluir nestes frutos, ainda, as contribuições da Teologia.

Não pretendemos nos alongar muito nesta introdução, pois nos próximos capítulos teremos mais oportunidades de desenvolver nossas observações epistemológicas. Mas, para encerrá-la, gostaríamos de destacar que, se o operador do Direito tomasse conhecimento dos termos e conceitos básicos da Teologia, contribuiria ainda mais para o desenvolvimento do Direito como ciência social. Mesmo que não obrigatoriamente presente em cada indivíduo, o sentimento religioso é parte integrante da humanidade, que vive em sociedade. E, se o Direito tutela normas para essa mesma sociedade, nos parece inconcebível que as pesquisas e descobertas da ciência teológica não tenham nada a contribuir ou acrescentar ao intelecto jurídico.

Assim, necessária se torna a investigação sobre termos religiosos aplicados às ciências jurídicas, para que o juiz competente possa apreciar a tipicidade penal e constatar a preexistência de uma norma penal incriminadora que pune uma conduta humana. Para tanto, a norma penal

4 Para uma maior compreensão da diferença entre Estado laico e Estado arreligioso, há um bom artigo de Paulo Henrique Hachich Cesare, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-21/estado-laico-nao-sinonimo-estado-antirreligioso-ou-laicista>>. Acesso em 4 Set 2017.

5 Art. 5. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.

6 Art. 12. A religião oficial do Irã é o Islã e de doutrina Já'afaria crente nos 12 imãs. Este artigo é perpetuamente inalterável [...].

incriminadora precisa ser compreensível em sua totalidade. Então, sendo o art. 208 do CPB aparentemente uma norma penal em branco, atentaria contra o Princípio da Legalidade?

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade no Direito Penal é aquele que determina que não é possível haver um crime ou uma sanção sem uma lei que os estabeleça. Em latim temos a expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Quando adicionamos a palavra "anterior", nos deparamos com outro princípio que trabalha com a legalidade: o Princípio da Anterioridade. Em latim, equivale às expressões *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* ou *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*.

Os dois princípios estão dispostos no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) de 1988 e no art. 1º do Código Penal Brasileiro (CPB): "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Ainda, o inciso II do mesmo art. 5º da Carta Magna brasileira ensina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Celso Delmanto descreve o citado art. 1º do CPB e o explica com as seguintes palavras:

O CPB se inicia enunciando o mais importante de seus princípios. Este art. 1º consigna a tradicional e indispensável regra de que não pode haver crime ou pena sem lei anterior [...]. Ou seja, nenhum comportamento pode ser considerado crime sem que uma lei anterior à sua prática (e não apenas ao seu julgamento) o defina assim. A lei penal faz essa definição mediante a descrição de um comportamento ilícito, ao qual prevê certa sanção. Assim, ao definir, por exemplo, o crime de homicídio, o legislador não declara, simplesmente, "é proibido matar". Ele diz: "matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos", fórmula com a qual, primeiramente, define a conduta ilícita, e, depois, impõe a ele os limites (mínimo e máximo) de pena, que a prática daquele comportamento virá a gerar a seu autor. Em razão do princípio expresso neste art. 1º do CPB, nenhuma pena pode ser aplicada a alguém sem que seja prevista anteriormente. Se trata de princípio indispensável à segurança jurídica e à garantia

da liberdade para todas as pessoas, impedindo que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado criminoso no momento de sua prática. As palavras “crime, pena e lei” apresentam sentido amplo nesse artigo [...]; como “lei”, devem ser entendidas todas as normas de natureza penal, elaboradas na forma prevista pela Constituição, abrangendo não apenas as do CP como as demais leis penais especiais. (DELMANTO, 1991, p. 4)

O mesmo autor detalha a lei como fonte por excelência do Direito Penal: “Somente a lei, elaborada na forma permitida pela Constituição, pode determinar o que é crime e apontar a pena aplicável. Deve, portanto, ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional” (DELMANTO, 1991, p. 4).

O homem opera dentro dos limites da lei: ele faz o que ela não proíbe e deixa de fazer tudo o que ela proíbe. Assim, ao violar um preceito proibitivo⁷ da norma penal, o indivíduo sofre uma sanção também pré-estabelecida por essa lei.

O professor Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires (UBA), também recorda a natureza constitucional do Princípio da Legalidade, incluído na proteção da liberdade pelo art. 19 da Carta Magna Argentina. Por meio dele se garante também a força da Constituição:

O dever jurídico de cumprir, obedecer à constituição, inicia o campo da realização do Direito Constitucional, porque depois de sua produção sempre será mister um certo grau de eficácia para sua validade cabal e total. No caso da Argentina, a nível federal, assim, surge do jogo dos artigos 31 (lei fundamental do Estado) e 19 (deve respeitar-se a ordem jurídica: nenhum habitante se encontra obrigado a fazer o que não manda a lei nem será privado do que ela não proíbe, em virtude disso - cai de maduro -, corretamente pode inferir-se a imperatividade para o ordenado). (FERREYRA, 2015, p. 235)⁸

7 Ao contrário do que ocorria com o antigo Direito Religioso Hebreu, cujos preceitos (mandamentos) eram explicitamente proibitivos – p.ex. “Não matar” – a norma penal brasileira apresenta preceitos implicitamente proibitivos – p.ex. “Matar alguém” (art. 121 do CPB).

8 “El deber jurídico de cumplir, obedecer a la constitución, inicia el campo de la realización del Derecho constitucional, porque luego de su producción siempre será menester un cierto grado de eficacia para su validez cabal y total. En el caso de la Argentina, a nivel federal, así surge del juego de los artículos 31 (ley fundamental del Estado) y 19 (debe respetarse el orden jurídico: ningún habitante se encuentra obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado do que ella no prohíbe; ergo – cae de maduro –, correctamente puede inferirse la imperatividad para lo ordenado)”.

Além disso, listando o rol exemplificativo das regras ou garantias constitucionais dos direitos fundamentais, o Dr. Ferreyra (2015, p. 248-250) cita as garantias específicas do processo penal. Tomamos o conteúdo de uma nota de rodapé (nº 79), que cita algumas delas, dando ênfase para a primeira: “Entre elas podem ser descobertos: a) Os Princípios da Legalidade e Máxima Taxatividade em matéria penal [...]”.

O Princípio da Legalidade é um daqueles que impedem o totalitarismo estatal, como lembra o mesmo autor supracitado:

Enquanto à defesa do positivismo como ideologia, naturalmente é uma atividade que não farei e que prefiro rejeitar, pois não existe obrigação moral incondicional de obedecer ao Direito; no entanto, não se pode deixar de reconhecer que os princípios da legalidade, da segurança e a ordenação em paz, como finalidade do Direito, são postulados inventados para conter o despotismo ou Estado totalitário, e que estes formam substratos elementares do positivismo. (FERREYRA, 2013)⁹

Para Carlos Creus (2017, p. 52), o Princípio da Legalidade “forma a estrutura angular sobre a qual se assenta o Direito Penal que nos rege hoje”. Segundo ele:

Doutrinariamente, o Princípio da Legalidade assinala que só pode receber punição o sujeito que tenha realizado uma conduta ilícita especificamente descrita como merecedora de determinada espécie de sanção, por meio de uma lei que esteja vigente no momento de sua realização; só é delito, portanto, a conduta que, como tal, tenha sido prevista pela lei penal ao se lhe atribuir uma pena. Modernamente, em virtude das construções que enfatizam a tipicidade, o Princípio da Legalidade pode expressar-se doutrinariamente, afirmando que “não há delito” – e, conseqüentemente, nem sanção – “sem tipo penal”, embora muitas vezes se faça menção ao seu resultado (*nulla poena sine lege previa*) [...] Funcionalmente, o Princípio da Legalidade assim formulado, ao requerer a existência de uma lei anterior ao fato que se julga, como

⁹ “En cuanto a la defensa del positivismo como ideología, naturalmente es una actividad que no haré y que más bien rechazo pues no existe obligación moral incondicionada de obedecer al Derecho; no obstante, no puede dejar de ameritarse que el principio de legalidad, el principio de certeza y la ordenación en paz como fin cualidad del Derecho son postulados inventados para contener al despotismo o estado totalitario, y que éstos forman ideaciones elementales del positivismo”.

determinante de uma particular consequência penal (a sanção) para uma conduta que é ilícita por violar os mandatos do ordenamento jurídico, remove a autoridade penal repressiva (designação dos conteúdos habilitantes do *ius puniendi*) dos poderes Executivo e Judiciário, para deixa-la exclusivamente nas mãos do Legislativo. Restringe, pois, as fontes de conhecimento do Direito Penal à lei. Isso gera uma garantia para o indivíduo, já que lhe assegura que a atividade repressiva de “aplicação” (Poder Judiciário) e “execução” (Poder Executivo) não vão recair sobre suas condutas que não estão classificadas como delitos pela lei. (CREUS, 2017, p. 52-53)¹⁰

Analisando se “legalidade” e “reserva legal” são dois nomes de um mesmo princípio, Carlos Creus - em sua obra sobre Direito Penal - sustenta que não: os dois princípios (Legalidade e Reserva Legal) não são duas maneiras diferentes de se dizer a mesma coisa. Em seu magistério:

O princípio da reserva, como garantia individual, existe antes do Direito Penal:¹¹ se refere à faculdade de agir do homem dentro do permitido (aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico), sem que sua conduta possa carrear-lhe alguma punição, de qualquer natureza que for. Mas, além disso, é uma garantia do indivíduo, não diretamente perante os organismos da persecução penal, senão perante o mesmo órgão de legislação penal: este não pode atribuir uma pena a uma conduta que seja permitida pelo ordenamento jurídico; pelo menos, previamente, atuando como órgão de legislação geral,

10 “Forma la estructura angular sobre la cual se asienta el derecho penal que hoy nos rige”. Según este autor: “Doctrinariamente el principio de legalidad señala que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descripta como merecedora de dicha particular especie de sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización; sólo es delito, por consiguiente, la conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una pena. Modernamente, en virtud de las construcciones que ponen el acento en el *tipo*, el principio de legalidad puede expresarse doctrinariamente afirmando que ‘no hay delito’ – ni por consiguiente pena – ‘sin tipo penal’, aunque se lo suele mencionar haciendo referencia a su consecuencia (*nulla poena sine lege previa*) [...] Funcionalmente el principio de legalidad así formulado, al requerir la existencia de una ley anterior al hecho que se juzga, como determinante de una particular consecuencia penal (la pena) para una conducta que es ilícita por haber violado los mandatos del ordenamiento jurídico, quita la potestad penal represiva (designación de los contenidos habilitantes del *ius puniendi*) del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, para dejarla exclusivamente en manos del Poder Legislativo. Restringe, pues, las fuentes de conocimiento del derecho penal a la ley. Lo cual importa una *garantía* para el individuo, ya que le asegura que la actividad represiva de ‘aplicación’ (Poder Judicial) y ‘ejecución’ (Poder Ejecutivo) no va a recaer sobre las conductas suyas que no estén catalogadas como delitos por la ley”.

11 Ou seja, a reserva legal vem antes da legalidade *stricto sensu*.

tem de “proibi-la”, mas, ao fazê-lo, tampouco pode ir além de certos limites, pois isto significaria uma interferência indevida nas esferas de liberdade da pessoa. (CREUS, 2017, p. 54)¹²

Luciana Freitas Pereira compartilha o mesmo entendimento do professor Carlos Creus. Para ela:

No entanto, é necessário fazer algumas distinções entre o Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal. Este último seria uma “espécie” do Princípio da Legalidade, devendo ser encarado como uma tentativa da própria lei de controlar a edição de determinadas matérias, a fim de serem editadas exclusivamente por leis. Sabendo que “lei” é a forma encontrada pelo Estado para, entre outros objetivos, expor o próprio Direito, regulando situações, criando obrigações ou concedendo vantagens. As espécies normativas que o Estado cria possuem caráter geral e abstrato e possuem em sua essência dois sentidos importantes: sentido formal e sentido amplo. A lei em sentido formal seria todo e qualquer ato legislativo emanado dos órgãos legislativos. Seriam os atos normativos advindos do próprio Poder Legislativo. Lei em sentido amplo seria toda e qualquer manifestação escrita de atos normativos, ainda que não oriundos do Poder Legislativo, como as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, chefe do Poder Executivo Federal. Nesse sentido, a reserva legal significa que determinadas matérias de ordem constitucional serão regulamentadas por lei em sentido formal. Assim, somente o Poder Legislativo, através de leis em sentido estrito (leis ordinárias e complementares), poderá tratar da regulamentação das matérias indicadas pelo texto constitucional, como “reservadas” à lei infraconstitucional. [...] Portanto, o Princípio da Reserva Legal deve sempre ser entendido como originado do Princípio da Legalidade. Sempre que a Constituição Federal determinar que a “lei” discipline alguma matéria específica, estará configurado o

¹² “El principio de reserva en cuanto garantía individual está antes del derecho penal: se refiere a la facultad de actuar del hombre dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico), sin que su conducta pueda acarrearle sanción de cualquier índole que sea. Pero, además, es una garantía del individuo, no directamente ante los organismos de ‘persecución’, sino ante el mismo órgano de legislación penal: éste no puede asignar una pena a una conducta que esté emitida por el ordenamiento jurídico; por lo menos, previamente, actuando como órgano de legislación general, tiene que ‘prohibirla’, pero, al hacerlo, tampoco puede traspasar ciertos límites, lo cual significaría una interferencia indebida en esferas de libertad inmarcesibles de la persona”.

Princípio da Reserva Legal, cabendo ao Poder Legislativo a adoção das medidas apropriadas, a fim de regulamentar as matérias que lhe foram reservadas. (PEREIRA, 2012)¹³

Como consequência dos dois princípios (Legalidade e Reserva Legal), Carlos Creus conclui:

O Princípio da Legalidade diretamente, e indiretamente o da Reserva, dotam de específicas características a lei penal, as quais devem ser observadas em sua formulação, se não se deseja desconhecê-las. A expressão doutrinária dessas exigências fundamenta a formulação moderna do primeiro desses princípios: a lei deve ser escrita (*nulla poena sine lege scripta*), pois é a única maneira que permite conhecer com certeza o proibido e o permitido; antes do fato que se julga (*nulla poena sine lege previa*), isto é, encontrar-se vigente - de acordo com as formas do sistema legal - quando o sujeito realizou a conduta; estrita (*nulla poena sine lege stricta*), que exige que tanto a descrição da conduta como a punição a ela atribuída sejam estabelecidas na lei, sem ambigüidades que entorpeçam seu conhecimento por parte dos destinatários dela (tanto indivíduos como órgãos de aplicação). (CREUS, 2017, p. 55)¹⁴

13 "Sin embargo, es menester trazar algunas distinciones entre el principio de legalidad y el principio de reserva legal. Este último sería una 'especie' del principio de legalidad, debiendo ser encarado como una tentativa de la propia ley de controlar la edición de determinadas materias, a fines de ser editadas exclusivamente por leyes. Sabiendo que 'ley' es la forma encontrada por el Estado para, entre otros objetivos, exponer el propio Derecho, reglando situaciones, creando obligaciones o concediendo ventajas. Las especies normativas que lo Estado cría, tienen carácter general y abstracto y poseen en su esencia, dos importantes sentidos: sentido formal y sentido amplio. La ley en sentido formal sería todo y cualquier acto legislativo emanado de los órganos legislativos. Serían los actos normativos advenidos de lo propio Poder Legislativo. Ley en sentido amplio sería toda y cualquier manifestación escrita de actos normativos, aún que no oriundos del Poder Legislativo, como las medidas provisionales editadas por el Presidente de la República, jefe del Poder Ejecutivo Federal. En ese sentido, la reserva legal significa que determinadas materias de orden constitucional serán reglamentadas por ley en sentido formal. Así, solamente el Poder Legislativo, a través de leyes en sentido estricto (leyes ordinarias y complementarias), podrá tratar de la reglamentación de las materias indicadas por el texto constitucional, como 'reservadas' a la ley infra constitucional. [...] Por lo tanto, el principio de reserva legal debe siempre ser entendido como originado del principio de legalidad. Siempre que la Constitución Federal determinar que la 'ley' discipline alguna materia específica, estará configurado el principio de reserva legal, cabiendo al Poder Legislativo la adopción de las medidas apropiadas, a fines de reglamentar las materias que a él fueron reservadas".

14 "El principio de legalidad directamente, e indirectamente el de reserva, dotan de específicas características a la ley penal, las que deben observarse en su formulación si no se los quiere desconocer. La expresión doctrinaria de dichas exigencias suministran la formulación moderna del primero de esos principios: la ley tiene que ser escrita (*nulla poena sine lege scripta*), ya que es la única manera que permite conocer con certidumbre lo prohibido y lo permitido; previa al hecho que se juzga (*nulla poena sine lege previa*), es decir, encontrarse vigente - según las formas del sistema legal - cuando el sujeto realizó la conducta; estricta (*nulla poena sine lege stricta*), lo cual requiere que tanto la descripción de la conducta como la pena asignada a ella se encuentren expuestas en la ley sin ambigüidades que entorpezcan su conocimiento por parte de los destinatarios de ella (tanto individuos como órganos de aplicación)".

Por todo o exposto, conclui-se que só se pode sancionar os indivíduos se sua conduta se coaduna com o preceito penal tipificado na norma penal incriminadora. Seria nula a adequação típica se a conduta comissiva ou omissiva não estivesse disposta no texto legal previamente à consumação da ação ou omissão. Da mesma forma a sanção - qualitativa e quantitativamente - se não disposta antes.

3 AS NORMAS PENAIS EM BRANCO

Rogério Greco classifica as normas penais em dois grupos: normas penais incriminadoras e normas penais não incriminadoras. Nos interessa, no presente artigo, apenas as primeiras. Para Greco:

Às normas penais incriminadoras é reservada a função de definir as infrações criminais, proibindo ou impondo condutas, sob ameaça de pena. É a norma criminal por excelência, uma vez quando se fala de norma penal se pensa, imediatamente, naquela que proíbe ou impõe condutas sob ameaça de sanção. São elas, por isso, consideradas normas penais em sentido estrito, proibitivas ou obrigatórias. (GRECO, 2007, p. 21)

Damásio Evangelista de Jesus (1989, p. 2) indica que às normas penais não incriminadoras “não se aplicam o Princípio da Reserva Legal ou da Legalidade”. Por oposição, às incriminadoras este princípio é necessariamente aplicável. Ainda, as normas penais incriminadoras podem ser completas em si mesmas ou necessariamente complementadas. Estas – que carecem de um *plus* normativo – se denominam normas penais em branco.

Surgem então duas questões: 1) As chamadas normas penais em branco violam o Princípio da Legalidade? 2) E quando sua fonte complementar é uma norma heterogênea? Para responder a essas perguntas, é necessário primeiro compreender o que são as normas penais em branco.

Novamente invocamos os ensinamentos do professor Rogério Greco, para quem as normas penais em branco ou primariamente remetidas são:

[...] aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição do comportamento proibido,

essa descrição exige, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma - leis, decretos, regulamentos – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites de proibição ou imposição estabelecidos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, é impossível a sua aplicação. (GRECO, 2007, p. 22)

Segundo Greco (2007, p. 23), “sempre que precisarmos buscar um complemento em outro diploma para que possamos saber o exato alcance daquela norma que desejamos interpretar, estaremos diante de uma norma penal em branco”.

Carlos Creus também define a norma penal em branco. Para aquele, ela é:

[...] a que legisla especificamente sobre a sanção (pena), referindo-a a ações proibidas cuja particular conformação, para efeitos de aplicação daquela, deixa liberada a outras disposições às quais se remete. Não é que nelas o preceito esteja ausente, mas este se encontra meramente indicado pelo reenvio; para circunscrever-se, cumprindo com o requisito da tipicidade e, portanto, com o Princípio da Legalidade, há que recorrer-se a outra norma, que funciona como “complemento” da lei penal em branco; é essa disposição complementar a que “formula o tipo”. (CREUS, 2017, p. 71)¹⁵

Pela compreensão de Creus, se percebe uma definição distinta daquela que as normas penais em branco recebem na doutrina jurídico-penal no Brasil, onde a caracterização dessas normas incompletas se faz – não por estar o preceito em outra norma ou por faltar a sanção – senão por ausência de definição de alguns elementos essenciais do tipo penal (elementares). Entre as hipóteses que Creus não considera propriamente como normas penais em branco, ao modelo brasileiro ele acrescenta uma terceira hipótese, que chama de “normas penais em branco ao contrário”:

¹⁵ “La que legisla específicamente sobre la sanción (pena), refiriéndola a acciones prohibidas cuya particular conformación, a los efectos de la aplicación de aquélla, deja liberada a otras disposiciones a las cuales se remite. No es que en ellas esté ausente el precepto, pero éste se encuentra meramente indicado por el reenvío; para circunscribirse cumpliendo con el requisito de la tipicidad y, por ende, con el principio de la legalidad, hay que recurrir a otra norma, que actúa como ‘complemento’ de la ley penal en blanco; es esta disposición complementaria la que ‘formula el tipo’”.

Embora seja óbvio, para evitar qualquer confusão, convém esclarecer que nem todas as hipóteses legais de reenvio de uma lei a outra disposição constituem casos de normas penais em branco. É claro que resta descabida essa qualificação para as chamadas “normas penais em branco ao contrário” (Jiménez de Asúa), nas quais o preceito é o que está especificamente determinado e o reenvio ocorre para a determinação da pena, do qual é raro encontrar exemplos, já que é uma técnica legislativa ruim. Menos ainda poderá considerar-se “normal penal em branco” a que, determinando com especificidade o preceito, se restringe a remeter-se, explícita ou implicitamente, a outra distinta, para caracterizar certos elementos do tipo, o qual é um procedimento sistemático inevitável na constituição do direito (por exemplo, o conceito de “coisa alheia” não está contido no art.162 do Código Penal¹⁶, razão pela qual se faz necessário ir busca-lo dentro da norma civil), especialmente se tivermos em conta a relação que existe entre o fato jurídico de acordo com o ordenamento legal e o delito como ato ilícito “penalizado”, ao que já temos feito distintas referências que completaremos ao expor a teoria jurídica do delito. (CREUS, 2017, p. 71)¹⁷

Em seu trabalho de comentários ao CPB, Delmanto adverte que o art. 1º traz em si duas consequências além da legalidade e da anterioridade: a irretroatividade e a taxatividade. Em função da segunda delas:

As leis que definem os crimes devem ser precisas, apontando exatamente o comportamento que pretendem punir. Assim, em nome do Princípio da Legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, em que não

16 Artículo 162 del Código Penal de la Nación Argentina: Será reprimido con prisión de UN mes a DOS años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

17 “Aunque sea obvio, para evitar cualquier confusión, conviene aclarar que no todas las hipótesis legales de reenvío de una ley a otra disposición constituyen casos de leyes penales en blanco. Por supuesto que queda desplazada esa calificación para las llamadas ‘leyes penales en blanco al revés’ (Jiménez de Asúa), en las que el precepto es lo que está específicamente determinado y el reenvío se produce para la determinación de la pena, de lo cual es raro encontrar ejemplos, ya que se trata de una pésima técnica legislativa. Menos podrá considerarse ‘ley penal en blanco’ la que, determinando con especificidad el precepto, se reduce a remitirse, explícita o implícitamente, a otra distinta, para caracterizar determinados elementos del tipo, lo cual es un procedimiento sistemático ineludible en la constitución del derecho (p.ej., el concepto de ‘cosa ajena’ no está contenido en el art.162, Cód. Penal, sino que es menester ir a buscarlo dentro de la ley civil), sobre todo si tenemos presente la relación que existe entre el hecho jurídico según el ordenamiento jurídico y el delito como hecho ilícito ‘penado’, a lo que ya hemos hecho distintas referencias que completaremos al exponer la teoría jurídica del delito”

está perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar. Por outro lado, ao juiz que vai aplicar as leis criminais é proibido o emprego da analogia ou da interpretação extensiva para incriminar algum fato ou tornar sua punição mais severa. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a ele complementar o trabalho do legislador para punir alguém. (DELMANTO, 1991, p. 4).

Ora, a norma penal em branco não é precisa e, por isso, poderia comprometer a taxatividade exigida pelo CPB.

É claro que, em face dessa imprecisão, a ciência jurídica exige que normas complementares venham em socorro da lacuna criada pela norma em branco. Essas normas podem vir de uma fonte jurígena homogênea ou heterogênea. Quando a fonte complementar é uma norma de origem igual, se denomina a norma penal antes incompleta de “norma penal em branco homogênea”; quando a fonte é de origem diferente, é chamada de “norma penal em branco heterogênea”.

Rogério Greco explica:

Diz-se homogênea, ou em sentido amplo, a norma penal em branco quando o seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma que precisa desse complemento [...] Se diz heterogênea, ou em sentido estrito, a norma penal em branco quando seu complemento é oriundo de fonte diferente daquela que a editou. (GRECO, 2007, p. 24)

Podemos citar dois exemplos:

Art. 237 do CPB - Contrair matrimônio, sabendo da existência de impedimento que cause sua nulidade absoluta.

Art. 28 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem permissão ou em desacordo com determinação legal ou regulatória estará sujeito às seguintes sanções [...]

O primeiro dispositivo - oriundo do CPB - traz a expressão “impedimento que cause sua nulidade absoluta”. Qual seria esse impedimento?

O CPB é uma lei federal produzida pelo Congresso Nacional. Os impedimentos que causam a nulidade absoluta de um casamento estão previstos no art. 1.521, incisos I a VII do Código Civil do Brasil¹⁸, que também é uma lei federal produzida pelo próprio Congresso Nacional. Como as duas normas – aquela a ser completada e a sua complementação – têm a mesma fonte original, ou seja, o Congresso Nacional, podemos dizer que a norma do CPB é uma norma penal em branco homogênea.

O segundo exemplo – oriundo da denominada Lei Antidrogas – traz a expressão “drogas sem permissão ou em desacordo com determinação legal ou regulatória”. Quais substâncias são drogas para efeitos da lei incriminadora e a que determinação legal ou regulatória o dispositivo se refere? Todas essas peculiaridades sanitárias encontram guarida nas normas de uma agência reguladora brasileira, que tem por objetivo harmonizar a nomenclatura de medicamentos e excipientes utilizados em medicamentos: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O art. 14, inciso I do Decreto 5.912, de 27 de setembro de 2006, estabelece a matéria. Ora, a ANVISA é vinculada ao Ministério da Saúde (Poder Executivo), enquanto a Lei 11.343/2006 foi elaborada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo). Como as duas normas – aquela a ser complementada e sua complementação – possuem diferentes fontes originais, ou seja, o Congresso Nacional e ANVISA, podemos afirmar que se trata a norma da Lei Antidrogas de uma norma penal em branco heterogênea.

Conscientes destes conceitos jurídicos iniciais, agora podemos nos deter em outro problema: as normas penais em branco, quando incriminadoras, não teriam elementares que poderiam ser complementadas ou aclaradas por uma norma com natureza jurídica diferente de uma lei? E, se assim afirmarmos, isso não violaria o Princípio da Legalidade?

Carlos Creus cuida do tema:

Mas a questão fundamental que agora nos preocupa resolver sobre as leis penais em branco, é se elas podem ser completadas por meio de uma disposição normativa que não seja a lei em sentido formal, como, por exemplo, um decreto do Poder Executivo. Obviamente, isso seria um procedimento que permitiria alcançar hierarquia de lei penal para esta legislação material. Uma corrente doutrinária que admite que qualquer lei pode operar como complemento, desde que proceda do mesmo órgão legislativo que sancionou a lei penal em branco de outros

18 A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o Código Civil Brasileiro (CC).

poderes legislativos (como poderiam ser as legislaturas provinciais ou mesmo o direito estrangeiro, se a lei em branco se remete expressamente a ele), rejeita a possibilidade de que o regulamento administrativo possa operar como complemento, pois isso implicaria uma forma de delegar ao administrador o poder de criar delitos, o qual desconhece o Princípio da Legalidade. Nesta opinião cabe, no entanto, a salvação dos regulamentos ditados pelo próprio Congresso que sanciona a lei penal em branco, no exercício de suas próprias faculdades daquela natureza (art. 75, inciso 32, da Constituição Argentina), mas de nenhuma maneira se admite a complementação pelo exercício do poder regulamentar do Poder Executivo (artigo 99, inciso 2, da mesma Constituição). Outra corrente, restringindo o Princípio da Legalidade à exigência de “lei anterior”, enquanto “disposição prévia”, admite que possa operar como complemento da norma penal em branco o regulamento administrativo (Soler). (CREUS, 2017, p. 71-72)¹⁹

Eugenio Raúl Zaffaroni, citado por Carlos Creus, admite a compatibilidade entre as leis penais em branco heterogêneas e o Princípio da Legalidade quando o assunto requer o reenvio para um outro poder que não o Legislativo:

[...] as possibilidades de remissão ao regulamento administrativo dependem do caráter da matéria, segundo se trate ou não da que está reservada a tal regulamentação: “a lei penal em branco não é inconstitucional enquanto sua estrutura é imposta pela divisão dos poderes do Estado”; por exemplo, em matéria de polícia sanitária a Administração (nacional, provincial e municipal) tem

19 “Pero la cuestión fundamental que ahora nos preocupa resolver sobre las leyes penales en blanco, es si ellas pueden ser completadas por medio de una disposición que no sea la ley en sentido formal, como, por ejemplo, un decreto del Poder Ejecutivo. Evidentemente, ése sería un procedimiento que permitiría alcanzar jerarquía de ley penal a esta legislación material. Una corriente doctrinaria que admite que cualquier ley puede operar como complemento, ya proceda del mismo órgano legislativo que sancionó la ley penal en blanco de otros poderes legislativos (como podrían ser las legislaturas provinciales o hasta el derecho extranjero, si la ley es en blanco se remite expresamente a él), rechaza la posibilidad de que el reglamento administrativo pueda operar como complemento, pues ello implicaría una forma de delegar en el poder administrador la facultad de crear delitos, lo cual desconoce el principio de legalidad. En esta opinión cabe, sin embargo, la salvedad de los reglamentos dictados por el propio Congreso que sanciona la ley penal en blanco, en ejercicio de sus propias facultades de aquella naturaleza (art. 75, inc. 32, Const. Nacional), pero de ninguna manera se admite la complementación por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2, Const. Nacional; ver Nuñez). Otra corriente, restringiendo el principio de legalidad a la exigencia de ‘ley previa’ en cuanto ‘disposición previa’, admite que pueda operar como complemento de la ley penal en blanco el reglamento administrativo (Soler)”.

o poder de emitir normas, em cujo caso a remissão a uma delas como complemento da lei penal em branco é constitucionalmente viável. (ZAFFARRONI apud CREUS, 2017, p. 73).²⁰

No Brasil, Rogério Greco está posicionado no sentido de que a norma penal em branco heterogênea ofenderia o Princípio da Legalidade. O autor brasileiro responde:

Entendemos que sim, dado que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão madura da sociedade a seu respeito, como ocorre com os projetos de lei submetidos à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, levando-se em consideração a vontade do povo, representado por seus deputados, bem como a dos Estados, representados por seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exerce o sistema de freios e contrapesos. (GRECO, 2007, p. 25)

O entendimento desse autor se dá porque, segundo ele, seja quando a ANVISA retira um remédio ou substância de sua lista, seja quando inclui algum outro, estará criminalizando ou descriminalizando uma conduta, sem que haja uma participação do Poder Constituído competente para legislar em matéria criminal, que - no Brasil - é a União Federal²¹, por suas duas Casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal).

Mesmo entendimento possuem Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar:

Não é simples demonstrar que a norma penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, enquanto que quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição do poder legislativo estabelecido

20 "[...] las posibilidades de remisión al reglamento administrativo dependen del carácter de la materia, según se trate o no de la que está reservada a dicha reglamentación: 'la ley penal en blanco no es inconstitucional en tanto que su estructura venga impuesta por la división de los poderes del Estado'; por ejemplo, en materia de policía sanitaria la Administración (nacional, provincial y municipal) tiene facultades para emitir normas, en cuyo caso la remisión a una de ellas como complemento de la ley penal en blanco es constitucionalmente viable".

21 Art. 22, inciso I da CR 88.

nas normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes: hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como resultado de uma banalização e administrativação da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida aos funcionários e órgãos do Poder Executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, típica do Estado de Direito. (BATISTA et al., 2003, p. 205-206).

No entanto, prevalece a doutrina favorável à convivência pacífica entre a norma penal em branco heterogênea e o Princípio da Legalidade, desde que aquela preveja o que se denomina de “núcleo essencial da conduta”. Juan Carlos Carbonell Mateu afirma:

A técnica de leis penais em branco pode ser indesejável, mas não se pode ignorar que é absolutamente necessária em nossos dias. A extensão das regulamentações jurídicas que dizem respeito às mais diversas matérias, sobre as quais pode e deve pronunciar-se o Direito Penal, impossibilita manter o grau de exigência da legalidade que poderia ser contemplado no século passado ou mesmo no início do presente. Hoje cabe dizer que, desgraçada, mas necessariamente, temos de conformarmos-nos com lei que contemple o núcleo essencial da conduta. (MATEAU, 1999, p. 124)²²

4 O ART. 208 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O CPB dispõe em seu art. 208 dos crimes contra o sentimento religioso:

Art. 208 do CPB - Escarnecer de alguém publicamente, por motivos de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou a prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto.

²² “La técnica de las leyes penales en blanco puede ser indeseable, pero no se puede ignorar que es absolutamente necesaria en nuestros días. La amplitud de las reglamentaciones jurídicas que dicen respeto sobre las más diversas materias, sobre las que puede y debe pronunciarse el Derecho Penal, imposibilita mantener el grado de exigencia de legalidad que se podría contemplar en el siglo pasado o incluso al principio del presente. Hoy, cabe decir que desgraciada pero necesariamente, tenemos de conformarnos con la ley que contemple el núcleo esencial de la conducta”.

No dispositivo podemos destacar as seguintes elementares: a) crença; b) função religiosa; c) cerimônia ou prática de culto religioso; d) ato ou objeto de culto. Mas por que devemos fazê-lo? A resposta é que tais elementares não encontram sua definição no próprio texto do CPB ou em qualquer lei do ordenamento brasileiro. Tais conceitos são oriundos do conhecimento teológico e, por isso, ao operador do Direito se apresentam como armadilhas perigosas. Para a realidade brasileira - país cuja população é majoritariamente católica apostólica romana - imagens como a celebração de um batismo ou de uma missa são tudo o que um jurista conhece de religião. Até este ponto, não nos parece haver sérios problemas, porque, de fato, as celebrações sacramentais católicas são manifestações de natureza religiosa. Mas o problema começa a piorar quando nos afastamos da esfera católica ou cristã em geral e ingressamos no âmbito de outras religiões ou seitas.

Vamos agora tratar de noções muito simples de natureza teológica para tentar compreender o alcance do mencionado dispositivo do CPB. Passemos às mencionadas elementares.

Crença é o ato de acreditar em algo. Mas não se pode restringir a crença do art. 208 a qualquer ideologia, uma vez que o objeto jurídico tutelado por esse artigo são os sentimentos religiosos, não os filosóficos ou políticos por exemplo. Segundo o historiador das religiões Mircea Eliade:

Para o homem religioso, o espaço não é homogêneo: o espaço apresenta rupturas, quebras; há porções de espaço qualitativamente diferentes de outras [...] Existe, portanto, um espaço sagrado, e por consequência "forte", significativo, e há outros espaços não sagrados, e consequentemente sem estrutura ou consistência, em resumo, amorfos. Além disso: para o homem religioso essa não homogeneidade espacial traduz-se pela experiência de uma oposição entre o espaço sagrado - o único que é real, que realmente existe - e todo o resto, a extensão informe, que o cerca. (ELIADE, 1996, p. 25)

No parágrafo anterior, quando o autor romeno diz "espaço sagrado", é claro que não deseja restringir o fenômeno sagrado ou religioso a um lugar geográfico; este seria apenas uma dimensão de todo o fenômeno sagrado. A ideia de Mircea Eliade é tratar do âmbito sagrado. A esse âmbito, ele denomina "hierofania", um termo que cunhou do grego *hieros* (sagrado) + *fainein* (manifestação), donde a hierofania é a manifestação

do fenômeno sagrado. Para nosso estudo, é imprescindível compreender essa hierofania para trabalhar com as elementares do art. 208 do CPB. Mircea Eliade cita que:

O homem toma conhecimento do sagrado porque este se manifesta, se mostra como algo absolutamente diferente do profano. A fim de indicar o ato da manifestação do sagrado, propusemos o termo hierofania. Este termo é conveniente, porque não implica qualquer precisão suplementar: exprime apenas o que está implicado no conteúdo etimológico, isto é, que algo de sagrado se nos revela [...] Estamos frente ao mesmo ato misterioso: a manifestação de algo "de ordem diferente"- de uma realidade que não pertence ao nosso mundo - em objetos que são parte integrante do nosso mundo "natural", "profano". (ELIADE, 1996, p. 17)

Trabalhando as palavras de Mircea Eliade entendemos que, para todo homem religioso, existem dimensões físicas e metafísicas que operam uma realidade diferente de tudo que existe ao nosso redor. O que vemos com os olhos chamamos de profano; o que nosso coração e mente nos revelam como expressões espirituais denominamos de sagrado ou religioso. Assim, um não crente que tenha contato com um objeto sagrado não consegue perceber nada além do próprio objeto; mas para o homem religioso esse é a expressão de uma religiosidade. Por exemplo: um judeu que observa o Santíssimo Sacramento nada mais lhe parece que um pão; mas para um católico ali está a presença real de Jesus Cristo. É por isso que a crença é exatamente a hierofania captada pelo homem religioso.

Função religiosa é todo exercício dos rituais religiosos. Entre os elementos essenciais que geralmente são atribuídos às religiões, estaria a liturgia de uma determinada religião. A liturgia é todo serviço religioso prestado para o exercício de uma religião ou seita. Pode ser a ministração de um sacramento católico, um direcionamento espiritual por um pastor protestante, um rabino judeu ou um imã muçulmano. Existem pessoas a quem essas responsabilidades são atribuídas e elas são revestidas de hierofania também.

Cerimônia ou prática de culto religioso é um conceito que também está inserido no campo da liturgia. Cerimônia e prática são realidades

muito próximas, mas é possível distingui-las. Toda realização do culto religioso é uma prática religiosa, uma hierofania; mas uma cerimônia pode ser o mesmo que uma solenidade, algo mais formal dentro do culto de uma religião ou seita. Por exemplo: a visita de um ministro religioso a uma pessoa doente em casa ou em um hospital é uma prática religiosa, mas não é uma cerimônia; já a Celebração Eucarística é uma cerimônia.

Ato ou objeto de culto é qualquer ação, instrumento ou utensílio que é usado em um culto religioso. Pode ser uma oração ou fórmula de bênção; ou um livro sagrado como a Bíblia, a Torá ou o Corão; também podem ser cálices, refeições e bebidas; eles podem ser sinais religiosos como cruzes, estrelas, luas e assim por diante.

Todos os esforços para sintetizar esses conhecimentos teológicos visaram somente demonstrar que o legislador do CPB, em 1940, incluiu elementares que muitas vezes são desconhecidas de promotores, juízes e advogados que militam no processo penal. Então, o que esperar de profissionais que precisam investigar a adequação típica e não sabem exatamente do que tratam tais termos? E, uma vez que agora trabalhamos com noções do Princípio da Legalidade, os indivíduos sabem se atuam contra uma hierofania? Conhecem seus limites? Podemos dizer, com base no que estamos estudando, que se alguém não conhece o que seja um culto, uma crença, uma hierofania, igualmente não é capaz de saber se pratica ou não um ato ilícito penal. Sancionar objetivamente (não subjetivamente) aqui seria uma violação à liberdade e à legalidade que todas as normas e princípios que citamos buscam proteger. Se alguém não conhece o significado de uma elementar qualquer, não pode também entender com profundidade que tem total liberdade de fazer o que a lei permite ou a deixar de fazer tudo o que proíbe. E, com art. 208 do CPB, se dá igual.

Mesmo não se referindo a um julgamento de matéria penal, senão de matéria cível, trazemos para o nosso estudo o julgamento do processo 0004747-33.2014.4.02.5101, que chegou à Justiça Federal do Rio de Janeiro em 2014. Nessa demanda, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra a Google Brasil Internet Ltda. pelo uso indevido de vídeos no site do YouTube, onde a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) fazia comentários muito depreciativos e preconceituosos contra a umbanda, uma manifestação religiosa do culto afro-brasileiro, que existe desde a era da escravidão no Brasil. Os escravos negros que vieram da África misturaram suas crenças animistas com aspectos do credo católico português no Brasil e criaram a umbanda. Os neopentecostais da IURD

consideram feitiços o que realizam os umbandistas e fazem muitos rituais e cultos onde os acusam. Para impedir a exposição pejorativa contra a umbanda na internet, o Ministério Público Federal processou o site do Google para interromper a transmissão desses vídeos.

Quando da sentença, o magistrado inicialmente teria entendido que a umbanda não seria uma religião, pela única razão de não ter um livro sagrado. Muitas foram as críticas e protestos contra tal decisão considerada preconceituosa. Dias depois, o mesmo magistrado voltou atrás e reconheceu a umbanda como religião. A nós parece que a razão para isso estaria no fato de que os magistrados – assim como qualquer outro operador do Direito – não estão obrigados a conhecer termos e fatores de origem teológica. A hierofania que trabalhamos muito acima não faz parte do cotidiano dos operadores legais. Como esperar que um juiz entenda que existem religiões sem um livro sagrado, como o budismo e o kardecismo? Por essa razão, defendemos que a hipótese do art. 208 da CPB traz em si problemas complexos para o aplicador da norma penal que também não sabe o que é uma crença ou um culto religioso para ter convicção no momento da tipificação.

Em setembro de 2017, o Banco Santander patrocinou uma exposição na cidade de Porto Alegre, onde o tema era a erotização. Não bastando trazer imagens de meninos e meninas em atividade sexual com adultos - o que por si só já seria crime - tentou usar objetos religiosos como cruzes e hóstias com temática erótica. Claro que a hierofania sofreu uma violência e o Ministério Público Estadual exigiu que o banco cessasse as exposições. Para a imprensa brasileira pareceu censura cultural, mas não sabemos até que ponto a intenção dos jornais era gerar polêmica e vender seu produto ou se de fato não conheciam aspectos do sagrado em questão.

Compreendemos essas noções de hierofania e sua aplicação ao art. 208 do CPB como suficientes para nossos esforços de demonstrar aqui a vigência de leis penais incriminadoras incompletas e o quanto podem entrar em conflito com o Princípio da Legalidade. Se alguém não conhece a *mens legis* desse artigo, é claro que terá um comportamento baseado na imagem falsa de que o faz porque a lei não o proíbe. Como o Direito não apresenta muita preocupação e devido conhecimento técnico para legislar sobre leis de conteúdo teológico, acreditamos que uma interpretação auxiliada pela própria teologia traria maior eficácia à subsunção da lei penal ao fato criminoso.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou investigar as normas penais incriminadoras incompletas - especialmente as chamadas normas penais em branco -, a sua relação de obediência ao Princípio da Legalidade e a hipótese do art. 208 do Código Penal Brasileiro.

Portanto, tratamos de ver a importância do Princípio da Legalidade e da sua inserção no Princípio da Liberdade dos Indivíduos, como forma de não punir aqueles que fazem o que a lei não proíbe.

Depois, trabalhamos as leis penais em branco - homogêneas e heterogêneas - especialmente a constitucionalidade das segundas, tendo em conta o Princípio da Legalidade, uma vez que a norma complementar - nessa hipótese - advém de uma fonte distinta da norma a ser complementada. E, sendo a segunda norma oriunda do Poder Executivo, poder-se-ia constatar a existência de uma lei em sentido material para dispor sobre delitos; não uma lei em sentido formal. Assim, essa segunda norma violaria o Princípio da Reserva Legal.

Finalmente, destacamos e trabalhamos as definições teológicas das elementares inseridas no art. 208 do Código Penal Brasileiro, provando que ao operador do Direito - com ênfase no trabalho de promotores, juízes e advogados - é muito difícil, senão impossível, ter o domínio sobre o alcance de noções como "função religiosa", "culto", "crença" e assim por diante. Então, o art. 208 parece-nos uma clara norma penal em branco heterogênea, já que sua fonte complementar só pode advir de uma fonte teológica, e não jurídica; uma norma explicativa teológica e não uma norma jurídica de qualquer natureza. Seria, naturalmente, uma lei em sentido material.

Para encerrar o presente artigo, entendemos que a matéria do art. 208 da lei penal brasileira - se acolhido o entendimento de que as normas penais em branco heterogêneas não violam o Princípio da Legalidade ou ainda o da Reserva Legal - é perfeitamente constitucional, carecendo o juiz de valer-se de interpretações que o conduzam ao verdadeiro significado dos termos ali dispostos. Porém, se a compreensão for favorável à inconstitucionalidade das citadas normas incompletas que apresentam fontes distintas, conseqüentemente as elementares do art. 208 conduzirão esse dispositivo à declaração de sua inconstitucionalidade, visto que violaria o disposto no art. 5º da Constituição do Brasil.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, **Constitución de la Nación Argentina (1995)**, de 03 de jan. de 1995, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jan 1995.

_____. **Lei n. 11.179, de 16 de janeiro de 1985**. Código Penal de la Nación Argentina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jan 1985.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de mar. de 1824. Rio de Janeiro, mar 1824.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de out. de 1988. Brasília, DF, out 1988.

_____. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, dez 1940.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF, jan 2012.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Medidas para prevenção do uso indevido de drogas. Brasília, DF, ago 2006.

CREUS, Carlos. **Derecho Penal. Parte General**. 5. ed. Buenos Aires: ASTREA, 2017.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano: a essência das religiões**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Enfoque sobre el Mundo del Derecho: constitución y derechos fundamentales. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, ano 11, n. 21, p. 243-282. 2013. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/21/enfoque-sobre-el-mundo-del-derecho-constitucion-y-derechos-fundamentales.pdf>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. **Fundamentos Constitucionales**. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

PEREIRA, Luciana Freitas. O princípio da legalidade na Constituição Federal: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita. **DireitoNet**, 1 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidade-na-Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidade-ampla-e-legalidade-estrita>>. Acesso em: 7 set. 2017.