

NORMAS PENAIS EM BRANCO E ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA, NOS DELITOS DE PESCA, À LUZ DA TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Luís Roberto GOMES¹

RESUMO: O artigo trata das normas penais em branco e da acessoriedade administrativa nos delitos de pesca, examinando a problemática à luz da teoria do ordenamento jurídico. Parte da contextualização na casuística dos delitos de pesca, com a meta de estabelecer regras gerais - possivelmente aplicáveis a outras espécies de delitos ambientais -, que possam orientar a elaboração e a aplicação da lei ao caso concreto, de forma a se superarem as antinomias do sistema e manter o equilíbrio e a coerência do ordenamento jurídico, respeitando-se as premissas do Estado Social e Democrático de Direito.

Palavras-chave: Norma penal. Branco. Pesca. Acessoriedade. Ordenamento jurídico.

1 INTRODUÇÃO

A configuração dos injustos penais de pesca depende de normas administrativas, haja vista que todos os tipos legais desses delitos devem ser complementados por normas emanadas do órgão ambiental competente para disciplinar a pesca e a proteção dos recursos ictiofaunísticos.

A acessoriedade administrativa nesses casos é inevitável, haja vista tratar-se de matéria extremamente dinâmica, regulada por inúmeras variáveis, relativas a fenômenos naturais (*i.e.*, piracema), a diferentes bacias hidrográficas, corpos d'água e faixas litorâneas, a diferentes espécies com maior ou menor necessidade de proteção, a diferentes petrechos, métodos ou técnicas em constante evolução, entre outros fatores, tudo situado em um imenso continente.

¹ Professor de Direito Penal da Associação Educacional Toledo, em Presidente Prudente. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Engenheiro Mecânico (UNICAMP). Ex-procurador do Estado e ex-promotor de Justiça de São Paulo. Procurador da República. E-mail: lgomes@psrp.mpf.gov.br.

Além disso, a pesca é atividade social de importância indiscutível, por ser relevante fonte de alimentação e de lazer, e por gerar riqueza, trabalho e emprego em suas diversas modalidades, desempenhando a Administração Pública um papel de compatibilização entre a sustentabilidade dessa atividade e a proteção dos recursos pesqueiros.

Ocorre que, não raro, a norma colmatadora, normalmente elaborada por técnicos ambientais, deve ter sua validade cuidadosamente examinada, a fim de se evitar certas impropriedades incompatíveis com a natureza do ordenamento penal e sua principiologia garantística, característica do Estado Social e Democrático de Direito.

A questão em pauta se refere tanto à prestabilidade da norma administrativa para figurar como complemento normativo na esfera penal, como à sua própria validade no ordenamento jurídico.

O que se pretende neste trabalho é desenhar algumas linhas dessa problemática à luz da teoria do ordenamento jurídico, partindo da contextualização na casuística dos delitos de pesca, com a meta de estabelecer regras gerais² - possivelmente aplicáveis a outras espécies de delitos ambientais -, que possam orientar a elaboração e a aplicação da lei ao caso concreto, de forma a se superarem as antinomias do sistema e manter o equilíbrio e a coerência do ordenamento jurídico.

2 DESENVOLVIMENTO

² Segundo Humberto Ávila, “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”, enquanto princípios “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2006, p. 167).

2.1 Papel das Normas Penais em Branco no Ordenamento Jurídico

Em determinadas situações, o direito penal foge à regra básica que o norteia, de definir exaustivamente os tipos penais, lançando mão das chamadas normas penais em branco, cujas hipóteses legais têm um vazio normativo que deve ser preenchido por normas alheias a seu conteúdo descritivo.

Conforme leciona a doutrina, normas penais em branco podem ser conceituadas como aquelas “em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo para sua integração ou complementação” (PRADO, 2004, 578), ou seja, “a hipótese legal ou prótese é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatada/determinada por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal” (PRADO, 2004, 172).

Não há como fugir a essa técnica legislativa, considerando que em inúmeras situações é absolutamente inviável a descrição completa e acabada pelo próprio tipo penal de determinadas condutas, cuja dinamicidade e condicionamento a fatores mutáveis, no tempo e no espaço, tornam essa tarefa impossível. Com efeito, “a regulação jurídico-penal de certas matérias (*v.g.*, economia popular, meio ambiente, relações de consumo, saúde pública, ordem tributária), altamente condicionadas por fatores histórico-culturais, que exigem uma atividade normativa constante e variável, costuma ser realizada por imperiosa necessidade técnica através do modelo legislativo denominado lei penal em branco (*Blankettstrafgesetz*)” (PRADO, 2004, 172).

Dessa forma, verifica-se, na legislação penal, certa abundância de normas que necessitam obter complemento extra-tipo em outras normas e cuja formulação completa, no próprio tipo penal, seria desaconselhável, mormente por questões de ordem técnica. O procedimento de se descrever, insuficientemente, a

conduta típica, no preceito primário da norma penal incriminadora, condicionando sua completude ao ingresso no tipo básico de normas emanadas de outras instâncias normativas, é particularmente importante no campo do direito penal ambiental. A uma, porque absolutamente inviável pretender que o tipo penal esgote a descrição de todos os elementos da conduta típica, considerada a dinamicidade e a mutabilidade próprias dos fatores ambientais, que influem sobre o objeto jurídico tutelado. Caso se pretendesse que os tipos penais ambientais fossem absolutamente completos, abarcando todos os elementos de natureza ambiental, teríamos verdadeiros “monstrenços”, paquidermes fadados à inaplicabilidade por não acompanhar a velocidade das mudanças que normalmente ocorrem nessa seara. Ou, doutro lado, ter-se-iam descrições típicas tão genéricas que para ser aplicáveis obrigariam o julgador a legislar, o que é inadmissível, por óbvio, pela violação à estrita legalidade. A duas, porque a tarefa de intervir para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, editando normas técnicas para esse fim, cabe em primeira mão à Administração Pública, devendo atuar o direito penal somente como *ultima ratio*, fulcrado na subsidiariedade e diante apenas daquelas lesões mais graves ao bem jurídico ambiental, quando se fizer realmente necessário.

Em especial, colhe-se que a dependência dos tipos penais de pesca aos complementos administrativos é, simplesmente, total. Todos os tipos legais desses delitos são completados por normas emanadas do órgão ambiental competente, para disciplinar a pesca e a proteção dos recursos ictiofaunísticos.³ Com efeito, apenas a administração pública ambiental poderá dizer qual o período em que a pesca será proibida, quais os lugares proibidos ou interditados, quais as espécies devem ser preservadas, quais as espécies terão limite mínimo de tamanho e qual o permitido para captura, quais as quantidades de pescado permitidas, quais os aparelhos, petrechos, técnicas, métodos e substâncias não permitidos etc. A administração pública exerce tarefa de constante revisão das inúmeras restrições

³ A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, estabeleceu, em seus artigos 34 e 35 os seguintes injustos penais de pesca: a) pesca em período proibido ou lugares interditados; b) pesca de espécies que devem ser preservadas e de espécimes com tamanhos inferiores ao permitido; c) pesca em quantidades superiores às permitidas; d) pesca mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; e) transporte, comercialização, beneficiamento ou industrialização de espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas; f) pesca mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; g) pesca com substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente.

que incidem sobre a pesca (espaciais, temporais, instrumentais, em função do sujeito ativo, da espécie do pescado, da quantidade de pescado etc.), procurando compatibilizar a sustentabilidade dessa atividade com a proteção dos recursos pesqueiros, o que demonstra a complexidade da matéria e a necessidade de freqüente regulação. Assim, partindo-se do pressuposto de que necessário o direito penal para a proteção da ictiofauna, não há como dotá-lo de eficácia senão por intermédio do recurso às normas penais em branco, por meio da remissão às normas administrativas emanadas da administração pública reguladora das políticas públicas de pesca.

2.2 Normas Penais de Pesca e Teoria do Ordenamento Jurídico (Nomodinâmica)

Ordenamento jurídico é o conjunto das normas jurídicas das mais diversas espécies convivendo num sistema complexo, organizado, orgânico, coerente e unitário.

Leciona-se, acertadamente, que as normas jurídicas não estão ilhadas, senão que, como <<totalidade ordenada>> constituem um sistema, e que, desconhecer o caráter sistemático do direito, é um erro em que se incorre, quando se desenvolve uma análise teórica somente dirigida ao estudo das norma jurídicas e dos conceitos jurídicos em si mesmos, prescindindo da idéia global do ordenamento jurídico como sistema (PEREZ LUÑO, 1997, P. 203).

Como pondera Norberto Bobbio, se um ordenamento jurídico é composto de uma pluralidade de normas, disso advém que os principais problemas conexos com sua existência implicam em saber se essas normas constituem uma *unidade*, um *sistema coerente* e um *sistema completo* (BOBBIO, 1989, p. 35).

Quanto a *unidade*, cumpre salientar, na esteira da doutrina kelseniana, que a construção de um ordenamento jurídico complexo se dá de forma escalonada, assentando-se numa estrutura hierárquica, de sorte que suas normas não estão todas no mesmo plano, há normas superiores e normas inferiores. Subindo destas

para aquelas, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é considerada a *norma fundamental*, que confere unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas de várias proveniências um *conjunto unitário* que pode ser chamado de *ordenamento* (KELSEN, 2005, p. 181 *et seq*). Essa estrutura hierárquica, capitaneada pelo elo comum que é a norma fundamental, faz do ordenamento jurídico um *todo unitário*, uma *unidade*.

Além de uma unidade, o ordenamento é uma *unidade sistemática* ou simplesmente, um *sistema*, entendendo-se por isso “uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem” (BOBBIO, 1989, p. 71).⁴ E, “para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si” (BOBBIO, 1989, p. 81). Quer dizer, “quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação” (BOBBIO, 1989, p. 71). Segundo Norberto Bobbio, diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*, equivalendo *sistema* nessa acepção à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas, pelo qual, existindo normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Ademais, “se se admitir o princípio da compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é

⁴ Afirma-se com maestria que “a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*, aponta na memsa direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação da jurisprudência, ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formulação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como o conjunto dos valores jurídicos mais elevados). Ele é, por conseqüência, imanente a cada Direito positivo porque e na medida em que este represente uma sua concretização (numa forma historicamente determinada) e não se queda, por isso, como mero postulado, antes sendo sempre, também, pressuposição de todo o Direito e de todo o pensamento jurídico, e ainda que a adequação e a unidade também com freqüência possam realizar-se de modo fragmentado” (CANARIS, 2002, p. 22).

incompatível com outras normas” (BOBBIO, 1989, p. 71).⁵ A condição indispensável ao funcionamento de um sistema é a *coerência*, o fato de não se afirmar, dentro do sistema, uma proposição e sua negação (PERELMAN, 2005, p. 423). Um ordenamento é coerente se nenhuma de suas normas se contradizem, se não existem *antinomias* jurídicas, ressaltando-se que os ordenamentos devem prever soluções práticas quando elas eventualmente ocorrerem (PEREZ LUÑO, 1997, p. 203). Havendo antinomias⁶, não toleráveis num ordenamento jurídico sistemático harmônico, deve-se resolvê-las mediante as regras fundamentais gerais para sua resolução, quais sejam: a) o critério cronológico (*les posterior derogat priori*); b) o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*); e c) o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*) (BOBBIO, 1989, p. 95-96).

As normas penais em branco e as normas administrativas que as completam, fazem parte desse sistema organizado, complexo e coerente que se pretende o ordenamento jurídico. As normas relativas à pesca, penais e administrativas, que ora são objeto de contextualização, convivem em estreita e afinada relação, pois em princípio consubstanciam comandos que pretendem regular a atividade pesqueira em função da proteção dos recursos naturais ictiofaunísticos. Não obstante, há inevitável tensão ocasionada pela natural divergência entre essas espécies normativas, até mesmo por conta da diversidade das fontes de produção dessas normas, das quais se originam deveres jurídicos que devem ser cumpridos por quem se lança à atividade da pesca.⁷ Pode-se dizer que os mandados estabelecidos pelas normas penais ambientais de pesca, que têm por escopo principal a proteção ambiental, não deixam de reforçar consideravelmente a necessidade de obediência dos deveres impostos pelas normas administrativas.

⁵ Aqui, Bobbio se adianta à concepção kelseniana de sistema dinâmico, posicionando-se no sentido da insuficiência da forma (busca do fundamento de validade formal na norma superior), para se averiguar a compatibilidade entre as normas, devendo-se levar em conta o *conteúdo material* das normas postas em exame.

⁶ Bobbio define *antinomia* como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento, lembrando que, para que possa ocorrer, as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material (BOBBIO, 1989, p. 86-87).

⁷ Noutra ótica, o *ius piscandi* pode ser definido como *direito subjetivo de retirar, extrair, coletar apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos e moluscos, e de apropriar-se individualmente do pescado, com fins comerciais, desportivos ou científicos, desde que haja autorização do Poder Público nos casos em que a lei o exigir, e desde que sejam obedecidas as normas regulamentadoras específicas incidentes.*

É importante salientar que a fonte primordial de produção do dever jurídico-penal é a lei formal, a única da qual brota a norma penal incriminadora, à luz do princípio da legalidade penal (CF, art. 5º, XXXIX), conquanto sejam também admitidas como fontes do direito penal a doutrina, a jurisprudência e o costume, respeitada a vedação da analogia *in malam partem*. De seu turno, as normas administrativas de pesca geralmente provém dos órgãos administrativos ambientais, por meio de Portarias e Instruções Normativas⁸, *nomen iuris* que pouco importa, já que se referem ao mesmo conteúdo.

As normas administrativas reguladoras da pesca guardam autonomia em relação à esfera penal, na medida em que não apenas servem de complemento às normas penais, mas também consubstanciam infrações administrativas⁹ e dão outras providências. Com efeito, as normas administrativas relativas à pesca estabelecem restrições de toda natureza a essa atividade. A intervenção administrativa nesse campo se articula tanto por mecanismos de controle prévio, de natureza *preventiva* (emissão de autorizações, registro de pescadores, elaboração de normas e fixação de restrições à pesca, registro de embarcações, etc), como por mecanismos de controle *repressivo* de atos ilícitos, *a posteriori* (fiscalização; suspensão de exploração; apreensão de espécimes e subprodutos; apreensão, destruição ou inutilização de instrumentos, petrechos e embarcações de pesca; aplicação de sanções administrativas, cassação de registros, etc). Portanto, a norma administrativa incidente sobre a pesca poderá ou não complementar a norma penal, conforme sua natureza. E, independentemente de complementar a norma penal, poderá ou não definir infrações administrativas.

A autonomia da norma administrativa, entretanto, não é absoluta, mas *relativa*, pois em caso de antinomia com a norma penal, esta deve prevalecer, vez que veiculada por lei federal. Neste caso, além de a norma administrativa não ser apta a colmatar a norma penal em branco, há que se decretar sua ilegalidade, pelo

⁸ Em menor escala, Leis estaduais também têm disposto sobre limitações à atividade da pesca e a proteção dos recursos pesqueiros.

⁹ A Lei 9605/98 estabelece, em seu artigo 70, que “considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

inarredável respeito à *hierarquia entre as normas*, velando-se pela *unidade* do ordenamento jurídico.¹⁰

Na verdade, duas hipóteses se apresentam como possíveis no estudo do processo de colmatação da norma penal pela norma administrativa: a) a norma administrativa complementadora é compatível com a norma penal complementada, mantendo relação de coerência com o sistema penal; b) a norma administrativa é incompatível com a norma penal que necessita de complementação, em face de determinada incoerência. No primeiro caso, é válida a norma penal resultante do processo de colmatação. No segundo, cabe ressaltar que a norma administrativa pode até ser válida no âmbito administrativo, conforme se exporá adiante, mas não reunirá condições de colmatar a norma penal, devendo o juiz recusar a aplicação da norma penal que resultaria da junção entre a norma penal em branco e seu complemento incompatível. Ou então, como se salientou no parágrafo anterior, no caso de antinomia, deve prevalecer a norma de escalão superior, quer dizer, a norma penal, eliminando-se do sistema a norma administrativa e, pois, a antinomia gerada por ela.

Cumprе salientar que “as normas que o direito é levado a elaborar não são asserções, da quais se possa dizer que são verdadeiras ou falsas, e sim diretrizes, prescrições atinentes ao que se deve ou não fazer, ao que é permitido ou proibido, e nas quais as definições, as regras de competência e de procedimentos são subordinadas, afinal das contas, a essas normas jurídicas. Daí resulta que as antinomias, na medida em que concernem ao direito, não consistem na constatação de uma contradição, resultado da afirmação simultânea da verdade de uma proposição e de sua negação, e sim na *existência de uma incompatibilidade entre as diretrizes relativas a um mesmo objeto*” (PERELMAN, 2005, P. 633).

A essa altura, deve-se questionar em que situações surgem antinomias entre a norma penal e a norma administrativa, e como se devem solucionar as

¹⁰ Exemplo dessa situação se deu com o artigo 9º da Portaria IBAMA n. 21-N/93 que permitia a captura de, no máximo 10% (dez por cento) de indivíduos com tamanhos inferiores ao permitido, porcentagem essa calculada sobre o total capturado por espécie. Com efeito, o artigo 34, § único, I, da Lei 9.605/98 estabelece *ser crime* a pesca de espécimes com tamanho inferior ao permitido, *seja qual for a quantidade*. Dessa forma, havia duas normas, uma permitindo a captura de certa quantidade de espécimes com tamanho inferior ao permitido (10%) e a outra, de escalão superior, proibindo a captura de qualquer quantidade de pescado nessa condição. Atendendo a recomendação do Ministério Público, o IBAMA revogou o dispositivo reportado.

espécies de conflitos resultantes, com o escopo de se manter um sistema de regras logicamente claro, coerente, harmônico e livre de contradições.

Em primeiro lugar, anote-se ser voz comum na doutrina que o complemento passa a integrar a norma penal em branco complementada. No tipo de injusto penal de pesca definido no artigo 34, *caput*, por exemplo, a formulação lógica da respectiva proposição jurídica consiste na expressão “pescar em período no qual a pesca seja proibida”. Pois bem, se a norma administrativa, regulando a pesca na piracema, proibir a atividade de novembro a fevereiro, esta definição casuística passa a fazer parte do juízo hipotético, que pode assim ser enunciado após a colmatação: “pescar no período de novembro a fevereiro”.¹¹

Ora, se a norma complementadora ingressa na esfera penal, tanto na estrutura lógica da norma jurídico-penal, como na proposição imperativa subjacente (proibição), pretendendo ordenar condutas humanas mediante a ameaça de sanção penal, só será admissível se respeitar os princípios penais fundamentais. Caso contrário, colocar-se-ia em risco o núcleo essencial da matéria penal, toda aquela estrutura principiológica que serve de alicerce ao conceito de delito.

Um exemplo comum de violação ao princípio da taxatividade, encontrável em inúmeras Portarias do IBAMA são aquelas cláusulas genéricas que estabelecem, *verbis*: “serão considerados proibidos todos os instrumentos de pesca não permitidos nesta norma”. É absolutamente inviável transladar-se para a norma penal em branco contida no artigo 34, II, complemento dessa natureza, sob pena de se incidir em grave violação ao princípio da legalidade, na vertente da taxatividade-determinação, cuja função garantística limitante do poder punitivo-judiciário é prejudicada pela amplitude indevida da proibição. Aliás, normas dessa natureza, que “consideram proibido tudo que não é permitido”, simplesmente são inválidas no ordenamento jurídico, ante ao dogma garantístico de proteção à liberdade civil consistente em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II). Destarte, a proibição administrativa de se utilizar este ou aquele instrumento de pesca deve ser expressa, sob pena de ser considerada inócua, tanto mais quando se está num Estado Democrático de Direito, em que a segurança jurídica é valor essencial.

¹¹ Nesse caso, a proposição prescritiva jurídico-penal exprimirá uma proibição: “é proibido pescar de novembro a fevereiro”.

Luiz Regis Prado leciona que a necessidade e a própria natureza da matéria ambiental justificam o emprego do procedimento técnico-legislativo da norma em branco na formulação dos tipos de injusto, mas ressalva corretamente que devem ser “respeitados os infranqueáveis parâmetros constitucionais-penais” (PRADO, 2005, p. 97). Outrossim, Érika Mendes de Carvalho, observando que as normas penais em branco em matéria ambiental são largamente empregadas por conta da própria natureza alterável e específica do direito do ambiente, e enfatizando que a principal vantagem é a estabilidade do dispositivo principal e a maleabilidade dos complementos, adverte porém que o recurso à norma penal em branco deve respeitar os parâmetros constitucionais-penais e ser utilizada somente quando necessária (CARVALHO, 1999, p. 163).

Na hipótese de Tércio Sampaio Ferraz Jr., os ordenamentos ou sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema), citando-se como exemplo entre estas o princípio da legalidade penal (*nullun crimen nula poena sine lege*). Assim, os ordenamentos constituem sistemas dinâmicos, com *vários padrões* de funcionamento, conforme a variedade de suas regras estruturais (FERRAZ JR., 1994, p.191-195).¹²

Claus Wilhelm-Canaris, cotejando os conceitos de sistema de Savigny, Stammler, Binder, Hegler e Stoll, destaca duas características que emergem em todas as definições: a da *ordenação* e a da *unidade*, que embora mantenham estreita relação intercambial, são de se separar. Segundo o autor, “no que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínscico racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais” (CANARIS, 2002, p. 12-13). Segundo o autor, “a ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e

¹² Colacionando outro exemplo de regra de calibração do sistema normativo, o autor menciona o Tribunal de Nuremberg, lembrando que o padrão de funcionamento do ordenamento penal internacional – regulado pelo princípio *nullum crimen sine lege* – foi mudado para um padrão de legitimidade regulado pelo *princípio de exigências fundamentais e vida na sociedade internacional* (FERRAZ JR., 1994, 191).

da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito” (CANARIS, 2002, p. 18).

Destarte, uma regra essencial que se extrai das considerações acima expendidas é que a norma administrativa deve ser elaborada em consonância com os princípios penais fundamentais, para que seja considerada válida como complemento da norma penal. Mais do que pressuposto científico, trata-se de “fundamental exigência ético-jurídica”, na expressão de Canaris, mormente quando se trata da conformação de norma penal, que visa à proteção dos valores ético-sociais mais relevantes na sociedade, mediante a ordenação de condutas do homem, por meio da coercibilidade propiciada pela sanção à liberdade humana.

Além disso, há que se observar que o escopo da norma administrativa deve coincidir com o escopo da norma penal em branco, sob pena de restar inviável o processo de colmatação. Como se sabe, ao direito penal cabe a missão primordial de proteger os bens considerados essenciais para a vida em sociedade, assertiva que é praticamente um postulado, aceito de forma uníssona pela doutrina pátria e estrangeira. Num Estado social e democrático de Direito, em que são conquistas basilares a liberdade e a dignidade da pessoa humana, a intervenção do direito penal, que ataca esses bens magnos para salvaguardar outros bens, deve ser medida com precisão micrométrica, reduzindo-se ao mínimo possível, quando assim se fizer realmente imprescindível para o bem estar social. Trata-se de questão afeta à legitimação do *ius puniendi* estatal, que deve ser estudada à luz das regras do Estado democrático, e de seu caráter pluralista, tolerante e secularizado, pelos quais a aplicação da sanção penal deve se restringir à lesão ou perigo de lesão a bens vitais da comunidade (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), sob pena de se conduzir ao arbítrio estatal.¹³ A finalidade da norma administrativa de pesca, portanto, deve manter-se em rota convergente com a finalidade da norma penal ambiental de pesca, dirigindo-se ambas para a proteção dos recursos naturais, ou seja, do bem jurídico ambiental. No caso em que determinada norma administrativa limitativa ou proibitiva da pesca não tenha esse

¹³ Adverte Santiago Mir Puig que entre os limites que hoje se impõem ao *ius puniendi* do Estado, ocupa um lugar destacado o expresso pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, com base na exigência de que o direito penal castigue unicamente ataques a bens jurídicos, como parte de uma postura político-criminal mais global: aquela que parte da necessidade de postular o uso mais restritivo possível do direito penal, supondo sua concepção como um *mal menor*, que só é admissível na medida em que resulte necessário (MIR PUIG, 1994, p.160).

objetivo, mas apenas vise a execução de determinada providência ou política pública dissociada da missão de proteção do bem jurídico ambiental, *v.g.*, direcionada à promoção do turismo ou ao fomento econômico, será inválida como complemento da norma penal em branco, ainda que seja válida no campo administrativo.

A propósito, pode-se dizer que “a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de *tipo lógico*, mas antes de *tipo valorativo* ou *axiológico*” (CANARIS, 2002, p. 30). Com efeito, “os *valores* estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por conseqüência, adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas axiológica ou teleologicamente” (CANARIS, 2002, p. 30).

Com efeito, “na concepção atual do direito, menos formalista, porque preocupada com a maneira pela qual o direito é aceito pelo meio regido por ele e que, por isso mesmo, se interessa pelo modo como uma legislação funciona na sociedade, e impossível identificar pura e simplesmente o direito positivo como conjunto de leis e regulamentos, votados e promulgados com critérios que lhes garantem a validade formal. Pois pode haver divergências consideráveis entre a letra dos textos, sua interpretação e sua aplicação” (PERELMAN, 2005, p. 186-187).

E o juiz tem a missão de aferir, em face do ordenamento jurídico, a viabilidade da conformação da norma penal em branco, verificando a obediência dos princípios penais pela norma administrativa, como avaliando se a finalidade desta é proteção ambiental. Não se deve escravizar, portanto, a uma lógica meramente formal, mecânica, destituída de considerações axiológicas e teleológicas, quando procede ao processo de formatação da norma penal para sua aplicação. Deve emitir juízo sobre o conteúdo da norma administrativa, recusando sua aplicação quando se deparar com antinomia ou incongruência daquela com a norma penal. Sem isso, estará viciada a premissa maior do raciocínio lógico, comprometendo irremediavelmente seu resultado.

Afirma com maestria Luiz Regis Prado que “o que realmente caracteriza a lógica do razoável em oposição à lógica tradicional é o fato de que, enquanto esta última – meramente enunciativa – trata somente do ser e não ser, aquela está impregnada de critérios axiológicos (avaliação dos fins) e intimamente

vinculada ao sentido conteudístico, à materialidade dos fenômenos humanos que lhe servem de objeto. No fenômeno jurídico, ressalta sempre a idéia de fim, dado o caráter eminentemente teleológico do Direito, não havendo norma que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático” (PRADO, 1999, p. 38). Nesse sentido, aduz Maria Helena Diniz que a norma jurídica é um objeto estabelecido pelo homem em razão de um fim e dirigido à liberdade humana, com existência real no tempo e no espaço, e seu sentido é sempre expressão de um valor (DINIZ, 2006, p. 347-348). O raciocínio lógico, portanto, não prescinde de considerações teleológicas e axiológicas.

Outrossim, pertinente a propósito a lição de Roberto José Vernengo, no sentido de que “normas válidas são as aplicáveis em certos âmbitos; dotadas como partes de uma ordem vigente, de força obrigatória. Essa força obrigatória se expressa indicando qual seja o caráter modal deôntico das ações prescritas. Assim, o artigo do Código Penal que se refere ao homicídio, prevê essa ação como positivamente desvaliosa e, por tanto, como deonticamente proibida. Seja qual for a índole metafísica ou outra da validade, o jurista lê esta propriedade, primeiramente, no teor literal mesmo das normas que investiga. Só que para aceitar certas normas como integrantes de seu objeto, quer dizer, como válidas, não lhe basta permanecer na mera letra da norma. As diversas ordens jurídicas positivas o obrigam a outras operações de reconhecimento e verificação para outorgar objetivamente a um enunciado o caráter de norma válida” (VERNENGO, 1995, 158). Ademais, “a justa aplicação da norma requer do intérprete a descoberta do significado intrínseco, que ele não fique parado ante a letra da lei, mas que colha o sentido próprio; o espírito” (DEL VECCHIO, 1979, 377).

Ainda pertinente observar que “o raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora freqüentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível” (PERELMAN, 2004, p. 209). A título de referência procedimental nesse processo lógico, indica Karl Larenz que “a seleção ds proposições jurídicas relevantes para a apreciação jurídica e, com isso, para a conformação da situação de facto definitiva, ocorre primeiramente de modo a que o julgador, partindo da << situação de facto >> em bruto, põe à prova, de certo modo, umas atrás das outras, as normas que são

potencialmente aplicáveis, afasta aquelas que, numa observação mais aproximada, se revelem inaplicáveis, e acolhe outras que logo se deparam à vista” (LARENZ, 1997, 396).

Não se discute aqui a validade da lógica no Direito, pelo contrário, afirma-se sua necessidade. Com efeito, afirma com excelência Maria Francisca Carneiro, que “há formas pelas quais se engendra o pensamento do direito, e seria impossível formular um juízo inteligível e plausível se ele fosse amorfo, razão pela qual é necessária a lógica” (CARNEIRO, 2006, p.11-12). Porém, como ressalta com precisão cirúrgica a autora, não se trata de “tentar fazer do direito um saber perfeitamente lógico-matemático e asséptico, no qual as peças se sencaixam mecanicamente como num *puzzle* perfeito, porque sabemos, não o é” (CARNEIRO, 2006, p.11-12).¹⁴

Diante do exposto, entende-se como viável e necessária a utilização da norma penal em branco nos delitos de pesca, assim como nos delitos ambientais em geral, haja vista a necessária e inarredável dependência do direito penal ao direito administrativo, na forma do que a doutrina denomina de *acessoriedade administrativa*. No entanto, cabe ao elaborador da norma complementar e, principalmente, ao aplicador da lei penal, superar a tensão característica e inevitável que ocorre entre essas esferas, observando as seguintes regras: 1^a) a norma administrativa, para ser válida como complemento da norma penal, deve respeitar os princípios penais fundamentais; 2^o) deve haver uma relação de coerência entre os fins objetivados pela norma penal e pela norma administrativa, que necessariamente têm que convergir, concorrer para um mesmo ponto (confluência para a proteção dos recursos ambientais).

Caso contrário, a antinomia deve ser resolvida, em prol da unidade e da coerência características do ordenamento jurídico, das seguintes formas: 1^a) decretando-se a ilegalidade da norma administrativa, em caso de incompatibilidade absoluta; 2^a) recusando-se a complementação da norma penal em branco pela norma administrativa, mas mantendo-se esta no ordenamento jurídico, se válida e

¹⁴ Vale a pena, também, consignar que “além da forma, o raciocínio jurídico inclui, no trabalho de convencimento, as questões humanas, sejam éticas, axiológicas, psicológicas, culturais etc., que hodiernamente podem ser consideradas como alguns dos elementos de retórica, na medida em que estejam culturalmente presentes, implicando conteúdo e função entranhada na sociedade da qual provém e à qual se referem – seja como matéria mítica, arquetípica, lingüística, valorativa, bem como outras roupagens sob as quais se apresentem” (CARNEIRO, 2006, p. 12).

apta a produzir efeitos na esfera administrativa, não obstante a não prestabilidade na órbita penal.

3 CONCLUSÃO

A técnica de utilização de normas penais em branco é particularmente importante nos delitos de pesca, considerando que os tipos de injusto dessa espécie delitiva dependem de complementação, na forma do que se denomina *acessoriedade administrativa*. Nessa matéria, imersa em realidade natural e sócio-econômica extremamente complexa, marcada pela dinamicidade, pela casuística e pelo condicionamento a fatores instáveis no tempo e no espaço, seria inviável uma regulação penal independente, sem a necessária agilidade proporcionada pelos complementos técnicos extrapenais.

Se a norma complementadora ingressa na esfera penal, tanto na estrutura lógica da norma jurídico-penal, como na proposição imperativa subjacente (proibição), pretendendo ordenar condutas humanas mediante a ameaça de sanção penal, só será admissível se respeitar os princípios penais fundamentais. Caso contrário seria colocado em risco o núcleo essencial da matéria penal, ao arrepio da estrutura principiológica que serve de alicerce ao conceito de delito.

Além do mais, há que se observar que o escopo da norma administrativa deve coincidir com o escopo da norma penal em branco, sob pena de restar inviável o processo de integração. Como se sabe, ao Direito Penal cabe a missão primordial e única de proteção dos bens considerados essenciais para a vida em sociedade, devendo a sanção penal incidir somente quanto houver lesão ou perigo de lesão a esses bens vitais (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos). A finalidade da norma administrativa de pesca, portanto, deve manter-se em rota convergente com a finalidade da norma penal ambiental de pesca, dirigindo-se ambas para a proteção dos recursos naturais, ou seja, do bem jurídico ambiente. No caso em que determinada norma administrativa limitativa ou proibitiva da pesca não tenha esse objetivo, mas apenas vise à execução de determinada providência administrativa ou política pública, dissociada da missão de proteção do bem jurídico ambiental, *v.g.*, direcionada à promoção do turismo, ao fomento econômico, à

segurança da navegação, ao funcionamento de barragem e segurança de terceiros, será inválida como complemento da norma penal em branco, ainda que seja válida no campo administrativo.

Conclui-se que é viável, necessária e constitucional a utilização da norma penal em branco nos delitos de pesca. Porém, com o fim de superar a tensão característica que ocorre entre a esfera penal e administrativa, devem ser observadas as seguintes regras basilares, entre outras: 1^a) a norma administrativa, para ser válida como complemento da norma penal, deve respeitar os princípios penais fundamentais; 2^a) deve haver uma relação de coerência entre os fins objetivados pela norma penal e pela norma extrapenal, que necessariamente têm que convergir, concorrer para um mesmo ponto, confluir para a proteção do bem jurídico ambiente.

Havendo antinomia, esta deve ser resolvida, decretando-se a ilegalidade da norma administrativa ou, conforme o caso, apontando a inviabilidade de complementação da norma penal em branco pela norma administrativa, ainda que esta permaneça no ordenamento jurídico produzindo efeitos, somente na órbita administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006,

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

CARNEIRO, Maria Francisca, no prefácio à **Teoria e prática da argumentação jurídica – lógica e retórica**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro**. São Paulo: RT, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12-13.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teoría del derecho: una concepción de la experiência jurídica**. Con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antoino Ruiz de la Cuesta. Madrid: Tecnos, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

PERELMAN, Chaïn. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral, v.1. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Do deôntico ao razoável: ensaio de lógica jurídica**. In: *Revista de ciências jurídicas*, n. 1, Maringá, 1999.

_____. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: RT, 2005,

VERNENGO Roberto J. **Curso de teoria general del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: 1995.